

Haftung ist ein Wort mit vielen Gesichtern: von der Haftung der Dritten Zähne über die Haftung der Eltern für die Kinder kennt jeder diesen Begriff in zahlreichen Zusammenhängen. Im Bürgerlichen Recht ist die Haftung als Verschuldenshaftung ausgestaltet. Von dem herkömmlichen Verschuldensmaßstab des BGB (Vorsatz und Fahrlässigkeit) gibt es Ausnahmen. Dies sind zum einen die Haftungserweiterungen, zum anderen die Haftungsbeschränkungen. In dieser Arbeit werden die Haftungsbeschränkungen erörtert. Haftungsbeschränkungen mildern die Haftung entweder auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit oder auf die eigenübliche Sorgfalt. Die methodische Auseinandersetzung mit dem System der Haftungsbeschränkungen des BGB zeigt das Zusammenwirken der verschiedenen Normen auf und systematisiert diese. Insbesondere werden auch Überlegungen zum stark umstrittenen Bestehen bzw. Nichtbestehen einer Haftungsbeschränkung im Auftragsrecht angestellt. Die Systematisierung der Haftungsbeschränkungen gipfelt in der Frage des Bestehens eines allgemeinen Rechtsgedankens der Haftungsbeschränkung in bestimmten Konstellationen.

ISBN: 978-3-86646-416-2



9 783866 464162

Rechtskultur Dogmatik

Zeller: Haftungsbeschränkungen des BGB

Rechtskultur Dogmatik

3

Rebecca Zeller

Haftungsbeschränkungen des BGB

Funktion und Wirkungsweise

Rechtskultur Dogmatik

Rechtskultur Dogmatik
Band 3

Herausgegeben von
Martin Löhnig (Regensburg)

Rebecca Zeller, Jahrgang 1983, Studium der Rechtswissenschaften in Konstanz und Cardiff (Wales), erste juristische Prüfung 2008, zweite juristische Staatsprüfung 2010, ist seit Anfang 2013 bei der Lidl Stiftung & Co. KG als Junior Consultant Recht International tätig.

Haftungsbeschränkungen des BGB

Funktion und Wirkungsweise

von

Rebecca Zeller

Rechtskultur Dogmatik

Bibliografische Informationen der Deutschen Bibliothek
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte Daten
sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.
ISBN: 978-3-86646-416-2

©2013 Edition Rechtskultur
in der H. Gietl Verlag & Publikationsservice GmbH, Regensburg
www.gietl-verlag.de / www.edition-rechtskultur.de
Satz und Gestaltung: Thomas Hornberger und Simon Naczinsky, Regensburg
ISBN: 978-3-86646-416-2

VORWORT

Die Beschäftigung mit der Materie der Haftungsbeschränkungen, die sich durch das gesamte bürgerliche Recht zieht, hat einen wertvollen praktischen Bezug; auch in meiner täglichen Arbeit in der Rechtsabteilung eines deutschen Unternehmens hat mir die Auseinandersetzung mit dem Haftungsrecht das nötige vertiefte Hintergrundwissen in diesem Gebiet gegeben. Bereits im Studium habe ich mich im Seminar „Neue Perspektiven im Schadensrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden“ bei Prof. Stadler mit dem Thema „Schadensersatz für wrongful life and wrongful birth“ neben meinem Schwerpunktbereich Europarecht für das deutsche Schadensersatzrecht interessiert. Dieses schadensrechtliche Thema hat in mir den Wunsch geweckt, auch vertiefend im Haftungsrecht – dem anderen großen Pfeiler des Schadensersatzrechtes – zu arbeiten. Daher war ich sofort begeistert, als Prof. Löhnig mir vorschlug, in die Richtung Haftungsbegrenzungen oder Haftungserweiterungen zu forschen.

Bei Martin Löhnig möchte ich mich für die optimale Betreuung bedanken, die mir genau das richtige Maß an Anleitung und Freiraum gegeben hat. Vor allem danke ich ihm aber dafür, dass er die Stärken eines jeden Menschen erkennt und fördert und so das Beste aus jedem herausholt.

Nun bleibt mir noch mein Werk dem geneigten Leser als interessante Lektüre, dem müden Leser als Bettlektüre zu empfehlen.

Heilbronn im August 2013

Rebecca Zeller

INHALT

I. EINLEITUNG	19
II. GRUNDLAGEN	25
1. Haftung	25
2. Methodik	29
III. HAFTUNG FÜR VORSATZ UND GROBE FAHRLÄSSIGKEIT	57
1. Einzelne Anwendungsfälle	57
2. Zusammenfassung	151
IV. DIE DILIGENTIA QUAM IN SUIS	155
1. Einzelne Anwendungsfälle	157
2. Zusammenfassung	273
V. ALLGEMEINER RECHTSGEDANKE?	277
1. Gemeinsamkeiten und Unterschiede	279
2. Allgemeine Rechtsgedanken	280
3. Anwendbarkeit auf andere Rechtsverhältnisse	280
VI. ERGEBNISSE	303
1. Teloi	303
2. Anwendung	304
3. Allgemeiner Rechtsgedanke	307
VII. SCHLUSS	311
LITERATURVERZEICHNIS	313
RECHTSPRECHUNGSVERZEICHNIS	348

INHALT

I. EINLEITUNG	19
II. GRUNDLAGEN	25
1. Haftung	25
2. Methodik	29
a. Auslegung	30
aa. Objektive Theorie	30
bb. Subjektive Theorie	31
cc. Stellungnahme	32
[1]. Wortlaut	33
[2]. Historie	34
[3]. Systematik	35
[4]. Telos	36
[5]. Schadensrechtsspezifische Faktoren	37
[a]. Ökonomische Analyse des Rechts	37
[b]. Zusammenfassung	42
[c]. Versicherung	43
dd. Verhältnis der Auslegungskriterien zueinander	44
b. Rechtsfortbildung	44
aa. Lücke	45
[1]. Norm – oder Gesetzeslücke	46
[2]. Kollisionslücken und Ausnahmelücken	47
bb. Lückenschließung	48
[1]. Analogie	48
[2]. Teleologische Reduktion	50
[3]. Allgemeiner Rechtsgrundsatz	51
[4]. Richterrecht / richterliche Rechtsfortbildung	52
[a]. Wann?	52
[b]. Wie?	53
[c]. Auswirkung / Bindungswirkung?	54
c. Zusammenfassung	55
III. HAFTUNG FÜR VORSATZ UND GROBE FAHRLÄSSIGKEIT	57
1. Einzelne Anwendungsfälle	57
a. § 300	57
aa. Sinn und Zweck	58
[1]. Wortlaut	58
[2]. Historie/ Genetik	59

[3]. Systematik	60
[4]. Zusammenfassung	64
bb. Ergebnis	64
cc. Vertrag	64
[1]. Hauptvertragliche Pflichten: Untergang oder Verschlechterung der Sache	64
[2]. Zusatzpflichten	65
[3]. Würdigung	66
[a]. Wortlaut	66
[b]. Historie / Genetik	66
[c]. Systematik	68
[d]. Telos	69
[e]. Zusammenfassung	71
[4]. Ergebnis	72
dd. Endergebnis	72
b. § 521	72
c. § 599	72
aa. Sinn und Zweck	73
[1]. Wortlaut	73
[2]. Historie/Genetik	73
[3]. Systematik	74
[4]. Zusammenfassung	76
bb. Ergebnis	77
cc. Anwendbarkeit auf Schutzpflichten	77
[1]. Anwendbarkeit der §§ 521, 599 auf Schutzpflichten	78
[2]. Anwendbarkeit des § 276 I auf Schutzpflichten	80
[3]. Anwendung der Haftungsmilderungen wenn Zusammenhang	82
[4]. Würdigung	83
[a]. Wortlaut	84
[b]. Historie/Genetik	85
[c]. Systematik	86
[d]. Telos	87
[e]. Zusammenfassung	90
[5]. Ergebnis	91
dd. Endergebnis	91
d. § 680	92
aa. Sinn und Zweck	93
[1]. Wortlaut	93
[2]. Historie/Genetik	94
[3]. Systematik	96
[4]. Zusammenfassung	98
bb. Ergebnis	98

cc. Anwendbarkeit des § 680	98
[1]. Würdigung	100
[a]. Wortlaut	100
[b]. Historie/Genetik	100
[c]. Systematik	102
[d]. Telos	105
[e]. Zusammenfassung	106
[2]. Ergebnis	107
dd. Scheingefahr	107
[1]. Anwendbar bei Irrtum	107
[2]. Nicht anwendbar bei Irrtum	109
[3]. Würdigung	110
[a]. Wortlaut	110
[b]. Historie	111
[c]. Systematik	112
[aa]. Fälle 1 und 2: berechnigte Geschäftsführung ohne Auftrag	114
[aaa]. Ansprüche des Geschäftsherren gegen den Geschäftsführer auf Schadensersatz	115
[bbb]. Zwischenergebnis	116
[ccc]. Ansprüche des Geschäftsführers gegen den Geschäftsherren auf Schadensersatz	116
[ddd]. Zwischenergebnis	117
[bb]. Fälle 3 und 4 unberechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag	117
[aaa]. Ansprüche des Geschäftsherren gegen den Geschäftsführer auf Schadensersatz	117
[bbb]. Übernahmeverschulden	118
[ccc]. Ausführungsverschulden	118
[ddd]. Zwischenergebnis	119
[eee]. Ansprüche des Geschäftsführers gegen den Geschäftsherren auf Schadensersatz	119
[fff]. Zwischenergebnis	120
[d]. Telos	120
[e]. Zusammenfassung	120
[4]. Ergebnis	121
e. § 968	121
aa. Sinn und Zweck	122
[1]. Wortlaut	122
[2]. Historie/Genetik	123
[3]. Systematik	123
[4]. Zusammenfassung	125
bb. Ergebnis	125

cc. Nur für den redlichen Finder	125
[1]. Würdigung	126
[a]. Wortlaut	126
[b]. Historie/Genetik	126
[c]. Systematik	127
[d]. Telos	129
[e]. Zusammenfassung	129
[2]. Ergebnis	129
dd. Für alle Pflichten des Finders	130
[1]. Würdigung	130
[a]. Wortlaut	130
[b]. Historie/Genetik	130
[c]. Systematik	131
[d]. Telos	131
[e]. Zusammenfassung	132
[2]. Ergebnis	132
ee. Endergebnis	132
f. § 675 v	132
g. Delikt	134
aa. §§ 521, 599 nie auf das Deliktsrecht anwendbar	134
bb. §§ 521, 599 immer auf das Deliktsrecht anwendbar	136
cc. §§ 521, 599 schlagen auf das Deliktsrecht durch falls Zusammenhang	137
dd. Würdigung	137
[a]. Wortlaut	138
[b]. Historie/Genetik	138
[aa]. Gesetzgebungsmaterialien	138
[bb]. Rechtslehre und Rechtsprechung	140
[c]. Systematik	144
[aa]. § 300	144
[bb]. §§ 521, 599	144
[cc]. § 680	147
[dd]. § 968	148
[ee]. Zusammenfassung	148
[d]. Telos	149
[aa]. § 300	149
[bb]. §§ 521, 599	149
[cc]. §§ 680, 968	150
[e]. Zusammenfassung	150
ee. Ergebnis	151
2. Zusammenfassung	151
a. Teloi	152

b. Anwendung	152
c. Ergebnis	153

IV. DIE DILIGENTIA QUAM IN SUIS 155

1. Einzelne Anwendungsfälle	157
a. §§ 346 III 1 Nr. 3, 347 I 2, 357 I 1, III 4	157
[1]. Berechtigung der Norm?	158
[2]. Anmerkung	160
aa. Sinn und Zweck	161
[1]. Wortlaut	161
[2]. Historie/Genetik	162
[3]. Systematik	163
[4]. Zusammenfassung	165
bb. Ergebnis	165
cc. Kenntnis	166
[1]. Korrektur ab Kenntnis	166
[a]. § 346 III 1 Nr. 3 ab Kenntnis nicht mehr anwendbar	168
[b]. § 346 III 1 Nr. 3 ab Kenntnis teleologisch zu reduzieren	168
[c]. Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis	169
[2]. Keine Korrektur ab Kenntnis	169
[a]. Haftung gem. §§ 346 IV, 280 I	170
[b]. Zusammenschau aus §§ 160, 820 I 2, 989, 818 IV, 292	171
[c]. Kenntnis nicht relevant	171
[3]. Rückgriff auf § 346 III 2	172
[4]. Würdigung	172
[a]. Wortlaut	172
[b]. Historie/Genetik	173
[c]. Systematik	174
[d]. Telos	176
[e]. Zusammenfassung	178
dd. Ergebnis	179
b. § 690	179
aa. Sinn und Zweck	180
[1]. Wortlaut	180
[2]. Historie/Genetik	180
[3]. Systematik	182
[4]. Zusammenfassung	184
bb. Ergebnis	184
c. § 708	184
[1]. Befürwortung des § 708	184
[2]. Ablehnung des § 708	185

[3]. Anmerkung	186
aa. Sinn und Zweck	186
[1]. Wortlaut	186
[2]. Historie	187
[3]. Systematik	189
[4]. Zusammenfassung	190
bb. Ergebnis	190
cc. Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnis	191
[1]. Regeln der GoA	191
[2]. Generelle Ablehnung des § 708	191
[3]. Anwendung der Normen des Gesellschaftsrechts	192
[4]. Kombinationslösung: gesellschaftsrecht und GoA	193
[5]. Würdigung	193
[a]. Wortlaut	193
[b]. Historie/Genetik	194
[c]. Systematik	195
[aa]. Übernahme	196
[bb]. Ausführung	196
[d]. Telos	198
[aa]. Übernahme	198
[bb]. Ausführung	198
[e]. Zusammenfassung	198
dd. Ergebnis	199
ee. Zufall	199
[1]. Regelungslücke	199
[2]. Vergleichbarkeit der Sachverhalte	200
[3]. Zusammenfassung	200
ff. Ergebnis	201
gg. Endergebnis	201
d. § 1359, § 4 LPartG	201
aa. Sinn und Zweck	201
[1]. Wortlaut	201
[2]. Historie/Genetik	202
[3]. Systematik	204
[4]. Zusammenfassung	205
bb. Ergebnis	205
cc. Nichteheliche Lebensgemeinschaft	206
[1]. Gesetzeslücke	206
[2]. Vergleichbarkeit der Sachverhalte	206
dd. Getrennt Lebende	207
e. § 1664	207

aa. Sinn und Zweck	207
[1]. Wortlaut	207
[2]. Historie/Genetik	208
[3]. Systematik	210
[4]. Zusammenfassung	211
bb. Ergebnis	211
cc. Aufsichtspflichtverletzung	211
[1]. § 1664 nicht anwendbar	211
[2]. § 1664 anwendbar	212
[3]. Würdigung	212
[a]. Wortlaut	212
[b]. Historie/Genetik	212
[c]. Systematik	213
[d]. Telos	214
[e]. Zusammenfassung	214
dd. Ergebnis	214
f. § 2131	214
aa. Sinn und Zweck	215
[1]. Wortlaut	215
[2]. Historie/Genetik	216
[3]. Systematik	217
[4]. Zusammenfassung	220
bb. Ergebnis	220
cc. Anwendbarkeit auf welche Pflichten ?	220
[1]. Würdigung	221
[a]. Wortlaut	221
[b]. Historie/Genetik	221
[c]. Systematik	223
[d]. Telos	225
[e]. Zusammenfassung	226
[2]. Ergebnis	226
g. Schutz – und Nebenpflichten	227
aa. Immer auf Schutzpflichten anwendbar	227
bb. Nie auf Schutzpflichten anwendbar	227
cc. Auf Schutzpflichten anwendbar, wenn Zusammenhang	228
[1]. Würdigung	229
[a]. Wortlaut	229
[b]. Historie/Genetik	229
[c]. Systematik	231
[d]. Telos	232
[e]. Zusammenfassung	234

[2]. Ergebnis	234
h. Delikt	235
aa. Würdigung	236
[1]. Wortlaut	236
[2]. Historie	237
[a]. Gesetzgebungsmaterialien	237
[b]. Rechtslehre und Rechtsprechung	237
[bb]. Anwendbar	238
[3]. Systematik	242
[4]. Telos	243
[5]. Zusammenfassung	244
bb. Ergebnis	245
i. Straßenverkehr	245
aa. Wille des historischen Gesetzgebers	246
bb. (Hypothetischer) Parteiwille	247
cc. Straßenverkehr und Dritte	249
dd. Teleologische Reduktion	250
ee. Hoher Rang der Rechtsgüter	251
ff. Vorhandensein eines Versicherungsschutzes	251
[1]. Rechtsprechung	252
[2]. Literatur	253
[3]. Würdigung	254
gg. Gefahren des Straßenverkehrs	257
hh. Richterliche Rechtsfortbildung	258
ii. Würdigung	261
[1]. § 7 StVG	262
[2]. § 18 StVG	263
[a]. Wortlaut	264
[b]. Historie/Genetik	265
[c]. Systematik	265
[d]. Telos	266
[e]. Lücke?	267
[f]. Zwischenergebnis	270
[3]. andere Anspruchsgrundlagen	270
jj. Endergebnis	272
kk. Zusammenfassung und Ergebnis	272
2. Zusammenfassung	273
a. Teloi	274
b. Anwendung	274
c. Ergebnis	276

1. Gemeinsamkeiten und Unterschiede	279
a. Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit	279
b. Diligentia quam in suis	279
c. Zusammenfassung	279
2. Allgemeine Rechtsgedanken	280
a. Satz 1	280
b. Satz 2	280
c. Satz 3	280
d. Satz 4	280
3. Anwendbarkeit auf andere Rechtsverhältnisse	280
a. Auftrag	280
aa. Pro Haftungsmilderung	282
bb. Kontra Haftungsmilderung	283
cc. Würdigung	284
[1]. Regelungslücke	284
[a]. Unentgeltlicher Dienst – und Werkvertrag	285
[b]. Treuhand	285
[c]. Zwischenergebnis	286
[d]. Auswirkung der Elemente von Dienst – und Werkvertrag bzw. Treuhand	286
[2]. Vergleichbarkeit der Sachverhalte	287
[3]. Zusammenfassung	290
dd. Ergebnis	291
b. Gefälligkeit	291
aa. Vertragliche Haftung	292
[1]. Reine Gefälligkeitsverhältnisse	292
[2]. Gefälligkeitsverhältnis mit rechtsgeschäftlichem Charakter	292
bb. Delikt	292
[1]. Grundsätzlich keine Haftungsmilderung	293
[2]. Haftungsmilderung	294
cc. Würdigung	294
[1]. Vertragliche Haftung	295
[2]. Deliktische Haftung	295
[a]. Regelungslücke	296
[b]. Vergleichbarkeit der Sachverhalte	296
[3]. Ergebnis	298
c. Darlehen	298
aa. Regelungslücke	299
bb. Schließung der Regelungslücke	300
cc. Ergebnis	300
d. Zusammenfassung	301

1. Teloi	303
a. Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit	303
b. Diligentia quam in suis	303
2. Anwendung	304
a. Nebenpflichten	304
aa. § 300	304
bb. §§ 521, 599	304
cc. §§ 708, 690	305
b. §§ 680, 968	305
c. § 346	305
d. § 708	305
e. § 1359	306
f. § 1664	306
g. § 2131	306
h. Delikt	306
i. Straßenverkehr	307
j. ÖAR	307
3. Allgemeiner Rechtsgedanke	307
a. Satz 1	308
b. Satz 2	308
c. Satz 3	308
d. Satz 4	308
e. Anwendbarkeit	308
VII. SCHLUSS	311
LITERATURVERZEICHNIS	313
RECHTSPRECHUNGSVERZEICHNIS	348

I. EINLEITUNG

Im Bürgerlichen Gesetzbuch gibt es zwei Formen der Haftung: einmal die vertragliche und zum anderen die außervertragliche Haftung. Einer vertraglichen Haftung liegt eine vertragliche Beziehung der Parteien zugrunde. Eine außervertragliche Haftung kann sich entweder auf deliktische Tatbestände, auf ein sonstiges gesetzliches Schuldverhältnis oder auf ein familien – oder erbrechtliches Verhältnis gründen. Haftung ist die Pflicht zur Abnahme eines Schadens durch den zurechenbaren Verursacher.¹ Dies stellt eine Ausnahme zum Grundsatz dar, dass derjenige, der Inhaber eines Rechtsgutes ist, auch den Schaden an diesem Rechtsgut tragen muss.² Grund für diese Ausnahme ist die Erwägung des Verschuldens des Verursachers. Das Haftungssystem des BGB ist als Verschuldenshaftung ausgestaltet. Grundnorm hierfür ist § 276 I BGB, nach dem für Vorsatz und Fahrlässigkeit gehaftet wird. Von diesem Grundsatz bestehen zwei wesentliche Abweichungen: einmal die Haftungsbeschränkungen und zum anderen die Haftungserweiterungen. Diese Beschränkungen und Erweiterungen beziehen sich auf das Verschulden.

Eine erweiterte Haftung ist bei der Haftung ohne Verschulden oder der Haftung für fremde Schuld gegeben. Die Haftung ohne Verschulden besteht einmal für Zufall (Bsp.: §§ 287, 848 BGB) und als Gefährdungshaftung (Bsp.: § 833 BGB, aber auch in zahlreichen anderen Gesetzen: § 7 StVG, § 1 ProdHaftG, etc.³). Die Haftung für fremdes Verschulden ist die Haftung für Dritte, etwa §§ 278, 832 BGB.

Eine Beschränkung der Haftung bzw. der Schuld ist im BGB zum einen als Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit und zum anderen als Haftung für die eigenübliche Sorgfalt normiert. Wenn gem. § 277 BGB nur für die eigenübliche Sorgfalt gehaftet wird, bedeutet das, dass der Schuldner für ein leicht fahrlässiges Verhalten nur dann haftet, wenn dies nicht gleichzeitig seiner eigenüblichen Sorgfalt entspricht. Für grobe Fahrlässigkeit indes wird immer gehaftet. Bei der Haftungserleichterung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit wird für leichte Fahrlässigkeit grundsätzlich nicht gehaftet. Ziel der Arbeit ist es, die verschiedenen Normen des BGB, welche solche Haftungsbeschränkungen vorsehen, zu beleuchten. Die Normen, welche dergestalt Haftungs-milderungen vorsehen, sind an verschiedenen Stellen des BGB zu finden.

Die meisten dieser Haftungserleichterungen sind in das ursprüngliche BGB von 1900 aufgenommen worden und seither dort verblieben. In Anlehnung an den bestehenden § 1359 BGB ist später § 4 LPartG entstanden. Das einzige Gebiet, in dem eine solche Haftungs-milderung zur Zeit der Schaffung des BGB noch nicht erwogen war, ist das Rücktrittsrecht; hier fand § 346 III Nr. 3 BGB durch die Schuldrechtsreform 2002 Einzug. Sprachlich werden in der Literatur die Begriffe Haftungsprivilegierungen, Haftungsbeschränkungen, Haftungserleichterungen und Haftungs-milderungen synonym verwen-

¹ Deutsch, Haftungsrecht, S. 1, Rn. 1.

² Deutsch, Haftungsrecht, S. 1, Rn. 1.

³ Weitere Normen der Gefährdungshaftung: §§ 1, 2 HaftpflG; § 84 AMG; § 33 ff. LuftVG; § 25 ff. AtomG, §§ 1, 2 UmwHaftG; § 32 GenTG; § 89, 90 WHG; § 29 I II BjagdG.

det. Da es bei allen Begriffen um die Modifikation eines Haftungsmaßstabes in einen weniger strengen Haftungsmaßstab zugunsten eines der Schuldner geht, werden die Begriffe in dieser Arbeit sinngleich verwendet.

Aufgrund des langen Bestehens der Normen und ihrer immer wieder umstrittenen Berechtigung und Anwendungsweise gibt es in diesem Feld bereits eingehende Studien.

Es ist v.a. die Habilitätsschrift von Rother⁴ hervorzuheben. Dort wird insbesondere auf den Haftungsmaßstab der *diligentia quam in suis* – der eigenüblichen Sorgfalt – und ihrer Anwendung eingegangen. Die Rechtsfigur wird nach ausführlicher Analyse der Gesetzgebungsmaterialien als „rechtliches Kuriosum“⁵ bezeichnet, welches insbesondere keinen Platz im Verkehrsunfallrecht habe.⁶ Maßgeblich ist auch die Abhandlung von Schlechtriem, die sich unter anderem mit den Haftungserleichterungen auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit und deren Übertragbarkeit auf das Deliktsrecht beschäftigt.⁷ Sonst ist den Haftungsmilderungen für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit keine übergreifende Studie gewidmet. Lediglich einzelne Normen oder Konstellationen wurden diskutiert. Für § 300⁸ ist aus der jüngeren Literatur insbesondere Grunewald neue Wege gegangen.⁹ Zu der Haftungsmilderung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit gab es zwar in der Kommentar – und Zeitschriftenliteratur eine rege Diskussion was die Anwendbarkeit auf Schutzpflichten betrifft;¹⁰ vor allem nach einer Entscheidung des BGH hierzu.¹¹ Eine eigene Studie hierzu gibt es jedoch nicht. Bei Abhandlungen über die GoA wurde immer wieder (kurz) auf § 680 eingegangen; insbesondere durch Wollschläger¹² und Wittmann¹³. Für den § 968 schließlich ist selbst in der Kommentarliteratur keine kontroverse Diskussion entstanden. Bei dem besonderen Haftungsmaßstab der *diligentia quam in suis* hingegen gibt es einige Abhandlungen, die sich mit ausgewählten Problemen dieser Rechtsfigur beschäftigen: so etwa Mauel¹⁴, der die *diligentia quam in suis* ausführlich beleuchtet, indem die geschichtliche Entwicklung und die Anspruchskonkurrenz auf das Deliktsrecht sowie die Anwendbarkeit im Straßenverkehr einbezogen wird. Auch in der Abhandlung von Heller¹⁵ werden die einzelnen haftungserleichternden Normen eingehend beleuchtet. Hier wird zudem auf die Haftungsmilderung wegen Vorsatz und grober Fahrlässigkeit eingegangen. Ferner die Anwendbarkeit, insbesondere im Straßenverkehr,

⁴ Rother, Haftungsbeschränkungen im Schadensrecht, 1965.

⁵ Rother, Haftungsbeschränkungen im Schadensrecht, S. 189.

⁶ Rother, Haftungsbeschränkungen im Schadensrecht, S. 196.

⁷ Schlechtriem, Vertragsordnung und außervertragliche Haftung (1972).

⁸ Paragrafen sind im Folgenden dem BGB entnommen, falls nicht anders bezeichnet.

⁹ Grunewald, FS Canaris, S. 331 ff. (2007).

¹⁰ Statt vieler: Medicus, in FS-Odersky, S. 589 ff. (1996); Gerhardt, JuS 1970, S. 597 ff.; Thiele, JZ 1967, S. 649 ff.

¹¹ BGHZ 93, 23 ff.

¹² Wollschläger, Die Geschäftsführung ohne Auftrag (1967).

¹³ Wittman, Begriff und Funktion der Geschäftsführung ohne Auftrag (1981).

¹⁴ Mauel, Die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten, (1985).

¹⁵ Heller, Der Haftungsmaßstab der „*diligentia quam in suis*“ (1989).

wird angesprochen. Für den Bereich des § 1359 gibt es sogar zwei relevante Arbeiten: Steiniger¹⁶ und Tatzel¹⁷ beleuchten jeweils Aspekte des § 1359. Der Anwendungsbereich und die Berechtigung des Haftungsmaßstabes der eigenüblichen Sorgfalt wurden vor allem in den 60er Jahren in der Literatur diskutiert.¹⁸ Anlass hierzu war ein BGH-Urteil¹⁹, nach welchem in Abkehr zur bisherigen Rechtsprechung eine Anwendbarkeit dieses Haftungsmaßstabes im Straßenverkehr nicht gegeben sei. Nach der Änderung des StVG hat eine neuerliche Diskussion nicht eingesetzt.²⁰ Die Einführung dieses besonderen Maßstabes in das Rücktrittsrecht schließlich wurde v.a. von Kaiser²¹ und Kohler²² kommentiert.²³

Zum Auftrag findet sich in der Kommentarliteratur eine Diskussion, ob eine Haftungsmilderung zu übertragen sei; aber jenseits hiervon gibt es keine vertiefende Auseinandersetzung. Das Gefälligkeitsverhältnis schließlich wird in einigen Aufsätzen behandelt.²⁴

Eine Behandlung beider Formen der Haftungsmilderung (eigenübliche Sorgfalt und Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit) findet sich nur bei Schlechtriem und Heller. Seither jedoch wurde der umstrittene Sorgfaltsmaßstab der eigenüblichen Sorgfalt erneut an anderer Stelle in das BGB eingebracht (§ 346 III Nr. 3.). Außerdem ist die Diskussion der Unanwendbarkeit speziell im Straßenverkehr abgeebbt und die Rechtsprechung des BGH wird durch die Literatur beinahe einhellig befürwortet. Die Gründe hierfür hingegen sind sehr unterschiedlich. Was die Haftungserleichterung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit angeht, so gibt es bisher keine Arbeit, die sich vertiefend mit den Einzelproblemen dieser Haftungsfigur auseinandersetzt. Es gibt also keine Abhandlung, welche sich mit dem Sinn und Zweck aller haftungsmildernden Vorschriften auseinandersetzt und hierdurch deren Anwendungsfälle zu ermitteln sucht. Hierdurch bedingt wurde die Frage, ob hinter diesen Haftungsmilderungen ein allgemeiner Rechtsgedanke steht, noch nicht abschließend beantwortet; vielmehr wurde diese Frage nur anhand einzelner Gesichtspunkte beleuchtet. Daher ist die Haftung im Auftragsrecht zwar in der Kommentarliteratur behandelt, allerdings nicht durch eine Erörterung, welche sich umfassend den Haftungserleichterungen widmet. Obwohl also in der Kommentar – und Zeitschriftenliteratur Teilaspekte von Haftungsmilderungen angesprochen werden, gibt es bisher keine Arbeit, die diese Aspekte zusammenführt. Daher sind die Versuche, einen allgemeinen Rechtsgedanken zu ermitteln, bisher wenig ausführlich geblieben. Es

¹⁶ Steiniger, Die deliktische Haftung zwischen Ehegatten (1970).

¹⁷ Tatzel, Die *diligentia quam in suis* im ehelichen Verhältnis (1970).

¹⁸ Die Diskussion wurde v.a. durch Böhmer und Döpp vorangetrieben.

¹⁹ BGHZ 46, 313 ff.

²⁰ Bis auf wenige Beiträge: so etwa Kunschert, NJW 2003, S. 950 f.

²¹ Kaiser, JZ 2001, S. 1057 ff.

²² Kohler, AcP 206 (2006), S. 681 ff.

²³ Aber auch durch einige andere Autoren: Perkams, JURA 2003, S. 150 ff; Rheinländer, ZGS 2004, S. 178 ff; Schneider, ZGS 2007, S. 57 ff; Schwab, JuS 2002, S. 630 ff.

²⁴ Gehrlein, VersR 2000, S. 415 ff; Littbarski, VersR 2004, S. 950 ff; Schreiber, JURA 2001, S. 810 ff; Willoweit, JuS 1984, S. 909 ff; Willoweit, JuS 1986, S. 96 ff.

fehlt der Versuch einer Systematisierung der Haftung wegen eigenüblicher Sorgfalt bzw. Vorsatz und grober Fahrlässigkeit.

Die zu stellenden Fragen sind daher: wie ist der Sinn und Zweck, der hinter den Haftungsmilderungen steht? Wie sind die Haftungserleichterungen anzuwenden? Steht dahinter ein System? Gibt es einen allgemeinen Rechtsgedanken? Wenn ja, wie lautet er und wohin kann er übertragen werden?

Um dies herauszufinden sind zunächst in einem einführenden Kapitel zwei grundsätzliche Dinge erörtert.

Erstens: was genau versteht man unter Haftung im BGB? Das Haftungssystem des BGB basiert auf dem Verschuldensprinzip; das Verschulden ist Zurechnungskriterium. Die Trias Haftung, Verschulden und Zurechnung wird daher erläutert.

Zweitens: mit welcher Methode können die offenen Fragen beantwortet werden?

Die Methode zur Ermittlung der Bedeutung von Gesetzesbegriffen ist die Auslegung.²⁵ Die gestellten Fragen betreffen das Telos und den Anwendungsbereich bestimmter Normen. Für die Anwendung der Normen muss man sich einer verfassungskonformen Methode bedienen. Schließlich sind Methodenfragen letztlich Verfassungsfragen; sie betreffen die Gewaltentrennung zwischen Legislative und Judikative.²⁶ Daher muss sehr genau geprüft werden, anhand welcher Methode eine Norm auszulegen ist. Wie man schließlich das Telos einer Vorschrift ermittelt, ist in der Methodenlehre streitig. Die einen sehen in einem objektiv-teleologischen Gedanken ein Mittel der Auslegung,²⁷ die anderen sehen den Sinn und Zweck als Auslegungsziel.²⁸

In einem zweiten Teil werden anhand der vorgestellten Methodik die Vorschriften, die eine Haftungsmilderung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit vorsehen, einzeln beleuchtet. Es wird zunächst die jeweilige Norm selbst vorgestellt, indem auf ihre Entstehungsgeschichte eingegangen wird. Im Anschluss daran werden die Streitpunkte aufgezeigt und das bisher vertretene Meinungsspektrum geordnet dargestellt. Hiernach erfolgt die Auslegung der Norm, anhand der die Anwendung im Streitfall ermittelt wird. Im Rahmen dieser Auslegung wird auch auf die Argumente der bisher vertretenen Ansichten eingegangen. Es soll herausgearbeitet werden, welche Schwierigkeiten bei deren Anwendung bestehen. Hierbei wird nicht auf alle Streitpunkte eingegangen, sondern vielmehr auf diejenigen, welche für das generelle Verständnis der Normen relevant sind. Dabei fällt auf, dass sich verschiedene Streitpunkte immer wieder überschneiden; dass es bei manchen Normen jedoch Probleme gibt, welche bei anderen nicht auftreten.

Im dritten Teil wird dies ebenso anhand der Normen, die die Haftung auf die eigenübliche Sorgfalt beschränken, besprochen. Hierbei wird insbesondere auch auf die Anwendbarkeit des Haftungsmaßstabes für die *diligentia quam in suis* im Straßenverkehr eingegangen.

²⁵ Vogel, juristische Methodik, § 8 I 1 S. 112.

²⁶ Rütters/Fischer, Rechtstheorie, § 22 Rn. 707, S. 444.

²⁷ Larenz, Methodenlehre, S. 334.

²⁸ Rütters/Fischer, Rechtstheorie, § 22 Rn. 717, S. 449.

Im vierten Teil schließlich wird untersucht, ob es hinter diesen verschiedenen Haftungsbeschränkungen einen allgemeinen Rechtsgedanken gibt. Hierzu wird zunächst ein Vergleich zwischen den normierten Haftungsmilderungen angestellt und Kriterien herausgearbeitet, die für eine Haftungserleichterung sprechen. Anschließend wird herausgearbeitet, wo es im BGB keine Haftungsmilderungen gibt und welche Gründe hierfür sprechen. Danach wird anhand der bisher gefundenen Ergebnisse untersucht, ob es im BGB einen allgemeinen Rechtsgedanken gibt, nach der eine Haftungserleichterung in einem bestimmten Fall grundsätzlich eintreten soll. Im Anschluss wird im Rahmen des Auftrages und der Gefälligkeit erörtert, wie ein allgemeiner Rechtsgedanke sich auswirken könnte.

II. GRUNDLAGEN

1. Haftung

Zunächst muss die Haftung von der Schuld unterschieden werden, da diese keineswegs synonym sind. Schuld an sich bedeutet das auf ein Rechtsverhältnis gegründete rechtliche Sollen.²⁹ Es kann zwischen der Bußschuld (bei Widerrechtlichkeit eines Zustandes soll dieser beseitigt werden) und der Versprechensschuld (das Versprochene soll geleistet werden) unterschieden werden.³⁰ Haftung ist im Gegensatz dazu die Unterwerfung unter die Zugriffsmacht dessen, dem nicht geleistet wurde, was geleistet werden sollte.³¹ Haftung kann einmal die Fortführung von Obligationen mit anderen Mitteln sein, wenn die ursprünglichen Ziele dieser Obligationen nicht mehr erreichbar sind.³² Haftung kann aber auch das Entstehenmüssen für verursachte Schäden bedeuten.³³ Für diese Haftung bedarf es eines Grundes; dieser kann nicht alleine in der Schuld liegen, denn das bloße Leistensollen bewirkt keine Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung.³⁴ Dennoch sind Haftung und Schuld stark von jeher aufeinander angewiesen,³⁵ da sie sich im Schadensersatzrecht gegenseitig bedingen.

Schadensersatzrecht bezeichnet die Materie von Haftungsrecht und Schadensrecht, also alle Normen, die die Schadensverlagerung vom Geschädigten auf einen anderen, den „Schädiger“, zum Gegenstand haben.³⁶ Das Schadensersatzrecht dient der Verteilung der Kosten und Risiken sozialen Verhaltens zwischen den Mitgliedern der Gesellschaft.³⁷ Als Haftungsrecht werden haftungsbegründende Normen bezeichnet, also solche, die festlegen ob ein schädigendes Ereignis zu einem Anspruch dem Grunde nach führt.³⁸ Die Normen des Haftungsrechtes finden sich im Vertragsrecht, im Deliktsrecht oder bei der Gefährdungshaftung. Das Schadensrecht hingegen definiert den Haftungsumfang. Es beantwortet die Frage, welche Schäden und in welchem Umfang diese zu ersetzen sind.³⁹ Die Normen des Schadensrechtes sind zentral normiert in den §§ 249 ff. BGB zu finden. Da die Normen des Haftungs – und Schadensrechtes demselben Mechanismus des Schadensersatzrechtes dienen, dienen sie denselben Zielen.⁴⁰

²⁹ v. Gierke, Schuld und Haftung, § 2, S. 7; Fikentscher/Heinemann, SchuldR, § 6, Rn 30, S. 23.

³⁰ v. Gierke, Schuld und Haftung, § 2, S. 8.

³¹ v. Gierke, Schuld und Haftung, § 3, S. 11; Fikentscher/Heinemann, SchuldR, § 6, Rn 30, S. 23.

³² Esser/Schmidt, SchuldR Bd I AT 1, § 7 I, S. 117.

³³ Musielak, Grundkurs, § 4 Rn. 162.

³⁴ v. Gierke, Schuld und Haftung, § 3, S. 12.

³⁵ v. Gierke, Schuld und Haftung, § 7, S. 98.

³⁶ Schäfer/Ott, ökonomische Analyse, S. 124.

³⁷ Brüggemeier, Deliktsrecht, S. 38, Rn. 1.

³⁸ Schäfer/Ott, ökonomische Analyse, S. 124.

³⁹ Schäfer/Ott, ökonomische Analyse, S. 124.

⁴⁰ Schäfer/Ott, ökonomische Analyse, S. 124.

Grundsätzlich muss derjenige, der Inhaber eines Rechtsgutes ist, auch den Schaden am Rechtsgut tragen (*casum sentit dominus*);⁴¹ schließlich hat er den Nutzen, umgekehrt die Lasten. Daher stellt die Haftung im weiteren Sinne eine Ausnahme hierzu dar: ausnahmsweise muss ein anderer als der Inhaber des Rechtsgutes den Schaden tragen.⁴² Diese Ausnahme hat einen Grund: die Zurechnung. Zurechnung ist „die allgemeine Bezeichnung für den rechtlichen Grund, um erlittenen Schaden auf einen anderen abzuwälzen.“⁴³ Diese Zurechnung bezieht sich auf die Verantwortlichkeit einer Person.⁴⁴ Es stellt sich nun die Frage, warum eine „Verantwortlichkeit“ bestehen kann. Es sind im Wesentlichen zwei gegensätzliche Zurechnungsmodelle denkbar: die Verschuldenshaftung und die Kausalhaftung. Die Kausalhaftung ist handlungs – und verschuldensunabhängig;⁴⁵ Grund für die Zurechnung ist dort das Setzen der Ursache für den Schaden.⁴⁶ Zurechnungsgrund der Verschuldenshaftung hingegen ist das vorsätzlich oder fahrlässige Verhalten,⁴⁷ nicht jedoch der Zufall.⁴⁸ Bei der Kausalhaftung steht also der Schutz von Gütern im Vordergrund, während bei der Verschuldenshaftung der Schutz der Handlungsfreiheit im Vordergrund steht.⁴⁹ Im BGB ist das Haftungssystem als Verschuldenshaftung ausgestaltet. Diese ist sowohl im Vertrags – als auch im Deliktsrecht gültig; allerdings ist die heutige Gefährdungshaftung eine moderne Version der Kausalhaftung.⁵⁰ Zudem gibt es die Haftung für Fehler, wie etwa die Produkthaftung.⁵¹ Haftungsgrund ist die Erwartung der Fehlerfreiheit im Verkehr, die als Haftungsgrund Verwendung findet.⁵²

Grundsätzlich jedoch herrscht im BGB das Verschuldensprinzip vor. Das Verschuldensprinzip ist in § 276 I 1 verankert, wonach der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat. Vorsatz ist die bewusste und willentliche Tat.⁵³ Fahrlässigkeit ist die Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 II). Als solche hat sie eine innere und eine äußere Seite.⁵⁴ Die äußere Komponente bezeichnet das sachgemäße Verhalten, also das, was man vernünftigerweise erwartet, während die innere Komponente die Erkenntnis und Aufmerksamkeit des Handelnden beinhaltet.⁵⁵ Eine fahrlässige Handlung schließlich ist nur dann gegeben, wenn sowohl innere als auch äußere Sorgfalt

⁴¹ Deutsch/Ahrens, Deliktsrecht, § 1 Rn. 1, S. 1; Brügge-meier, Deliktsrecht, S. 44, Rn. 15; Looschelders, VersR 1996, 529 (534).

⁴² Deutsch, Haftungsrecht, S. 1, Rn. 1.

⁴³ Deutsch/Ahrens, Deliktsrecht, § 1 Rn. 2, S. 1.

⁴⁴ Deutsch/Ahrens, Deliktsrecht, § 1 Rn. 2, S. 1.

⁴⁵ Brügge-meier, Haftungsrecht, S. 2.

⁴⁶ Brügge-meier, Deliktsrecht, S. 38, Rn. 2.

⁴⁷ Lorenz, Jus 2007, 611 (612).

⁴⁸ Deutsch/Ahrens, Deliktsrecht, § 1 Rn. 5, S. 2.

⁴⁹ Röhl, JZ 1974, 521 (522); Deutsch/Ahrens, Deliktsrecht, § 1 Rn. 6, S. 3.

⁵⁰ Brügge-meier, Haftungsrecht, S. 2.

⁵¹ Deutsch, Haftungsrecht, S. 19, Rn. 26.

⁵² Deutsch, Haftungsrecht, S. 7, Rn. 8.

⁵³ Deutsch/Ahrens, Deliktsrecht, § 10 Rn. 126, S. 51.

⁵⁴ Deutsch/Ahrens, Deliktsrecht, § 10 Rn. 135, S. 54.

⁵⁵ Deutsch/Ahrens, Deliktsrecht, § 10 Rn. 135, S. 54.

verletzt wurde.⁵⁶ Die Begriffsdefinition des § 276 II hat sich im Gesetzgebungsverfahren entwickelt: es war bereits in den Motiven die Haftung für jede Fahrlässigkeit, also auch für die leichte Fahrlässigkeit, die *culpa levis*, vorgesehen.⁵⁷ Im gemeinen Recht hingegen war die Haftung für Vorsatz und grobes Verschulden die Regel.⁵⁸ Dort war eine Haftung für leichte Fahrlässigkeit nur vorgesehen gewesen, wenn das Schuldverhältnis einem Teil einen Vorteil gewährte oder jemand ein fremdes Geschäft übernommen hatte.⁵⁹ Zudem gab es bereits die Haftung für konkretes Verschulden (eigenübliche Sorgfalt) bei besonderen Gemeinschaftsverhältnissen wie etwa der Gesellschaft, dem Vormund, den Miterben etc.⁶⁰ Nach der ursprünglichen Konzeption des BGB war eine fahrlässige Handlung dann gegeben, wenn die Sorgfalt des ordentlichen Hausvaters nicht beachtet worden war.⁶¹ Der Gedanke der Sorgfalt des ordentlichen Hausvaters war bereits in der klassischen Zeit unter Einfluss griechischer Sozialethik entstanden⁶² und war schon dort als objektiver Maßstab gesehen worden.⁶³ Dies wurde durch die im Verkehr übliche Sorgfalt ersetzt.⁶⁴ Schließlich entschied man sich jedoch für die im Verkehr erforderliche Sorgfalt.⁶⁵ Zwar wurde der Formulierung „erforderliche Sorgfalt“ entgegengehalten, es entstehe das Missverständnis, dass immer die jeweils erforderliche, dem Handelnden möglicherweise gar nicht zumutbare Sorgfalt gefordert sei.⁶⁶ Die Mehrheit der II. Kommission jedoch war der Ansicht, dass aber dann die Gefahr bestehe, dass „auch ein im Verkehr eingerissener Schlendrian beachtet werden dürfe“.⁶⁷ Es solle vielmehr darauf ankommen, „welches Maß an Sorgfalt der gesunde und normale Verkehr im Allgemeinen für erforderlich halte“.⁶⁸ Nach endgültiger in das Gesetz übernommen Definition ist die einfache Fahrlässigkeit die Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 II).

Der § 276 I normiert die Fahrlässigkeit als Zurechnungsschwelle.⁶⁹ Hier liegt die Grenze zum Zufall oder allgemeinen Lebensrisiko.⁷⁰ Diese Fahrlässigkeit bezieht sich auf den Haftungstatbestand⁷¹ und gewährleistet, dass der Schaden auf dem Verhalten und somit auf dem Willen des Verursachers basiert.⁷² Hierdurch wird sichergestellt, dass der Schä-

⁵⁶ Deutsch/Ahrens, Deliktsrecht, § 10 Rn. 137, S. 54.

⁵⁷ Motive zum BGB, Bd. II, S. 27.

⁵⁸ Enneccerus, Bürgerliches Recht, Bd I 2, (1914), § 266, S. 120; (1927), § 266, S. 138.

⁵⁹ Enneccerus, Bürgerliches Recht, Bd I 2, (1914), § 266, S. 120; (1927), § 266, S. 139.

⁶⁰ Enneccerus, Bürgerliches Recht, Bd I 2, (1914), § 266, S. 120; (1927), § 266, S. 139.

⁶¹ Motive zum BGB, Bd. I, S. 279.

⁶² Deutsch, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, S. 10.

⁶³ Deutsch, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, S. 15.

⁶⁴ Protokolle der zweiten Kommission, Bd. I, S. 302.

⁶⁵ Protokolle der zweiten Kommission, Bd. II, S. 598.

⁶⁶ Protokolle der zweiten Kommission, Bd. II, S. 604.

⁶⁷ Protokolle der zweiten Kommission, Bd. II, S. 604.

⁶⁸ Protokolle der zweiten Kommission, Bd. II, S. 604.

⁶⁹ Deutsch, Haftungsrecht, S. 268 (1. Aufl. 1976).

⁷⁰ Deutsch, Haftungsrecht, S. 6, Rn. 7.

⁷¹ Deutsch, Haftungsrecht, S. 268 (1. Aufl. 1976).

⁷² Deutsch, AcP 2002 (202), 889 (890).

diger persönlich für den Schaden verantwortlich ist.⁷³ Denn nur derjenige, der ein verbotenes Verhalten an den Tag legt, soll den daraus entstehenden Schaden zu tragen haben.⁷⁴

Diese Definition arbeitet mit einem objektiven Fahrlässigkeitsmaßstab.⁷⁵ Dies wurde bereits in den Gesetzgebungsmaterialien betont: bei der Bestimmung der Fahrlässigkeit müsse ein objektiver Maßstab angelegt werden, da „wer mit einem anderen in rechtlichen Verkehr trete, müsse darauf vertrauen dürfen, dass dieser bei der Erfüllung seiner Obliegenheiten mit der im Leben üblichen Sorgfalt eines ordentlichen Mannes zu Werke gehe“.⁷⁶ Hierbei sei jedoch die Würdigung individueller Momente nicht per se ausgeschlossen.⁷⁷ Da Sorgfalt ein Verhalten ist und als solches grundsätzlich eine äußere und innere Seite hat,⁷⁸ kann die Beurteilung der Fahrlässigkeit jedoch über die bloße objektive Betrachtung hinaus gehen. Um eine Subjektivierung zu vermeiden, ist daher auf Verkehrskreise oder Standards⁷⁹ zurückzugreifen. Dies sind normative Begriffe, deren Inhalt durch den Vergleich zu einer durchschnittlichen Person dieses Verkehrskreises ermittelt wird.⁸⁰

Schließlich geht es im Haftungsrecht – anders als im Strafrecht – nicht um die Sanktionierung persönlicher Schuld, sondern um die gerechte Verteilung eines entstandenen Vermögensschadens.⁸¹ Durch das Schadensrecht soll zum einen die Schadensabnahme und zum anderen die Prävention erfolgen.⁸² Aber auch die Rechtsverfolgung ist Element des Schadensrechtes.⁸³ Im Vordergrund steht aber die Schadensabnahme;⁸⁴ das Risiko des Schadenseintrittes wird auf den verlagert, der ein schuldhaftes Verhalten an den Tag gelegt hat. Durch die Objektivierung des Maßstabes wird gewährleistet, dass alle Teilnehmer am Rechtsverkehr darauf vertrauen können, dass andere Personen diejenige Sorgfalt anwenden, die im Leben als normal anzusehen ist.⁸⁵

Diese Definition der Fahrlässigkeit wurde durch die Schuldrechtsreform unverändert übernommen, da das bewährte Verschuldensprinzip beibehalten werden sollte.⁸⁶ Die Verschuldenshaftung des BGB für Vorsatz und Fahrlässigkeit greift gem. § 276 I 1 aber nur ein, wenn das Gesetz oder der Inhalt des Schuldverhältnisses weder eine strengere

⁷³ Deutsch, AcP 2002 (202), 889 (890).

⁷⁴ Deutsch, Haftungsrecht, S. 1 (1. Aufl. 1976).

⁷⁵ Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, § 20 Rn. 14.

⁷⁶ Protokolle der zweiten Kommission, Bd. I, S. 187.

⁷⁷ Protokolle der zweiten Kommission, Bd. I, S. 187.

⁷⁸ Deutsch, JZ 1988, 993 (995).

⁷⁹ Deutsch, JZ 1997, 1030 (1031).

⁸⁰ Deutsch, JZ 1997, 1030 (1033).

⁸¹ Lorenz, JuS 2007, 611 (612).

⁸² Brüggeheimer, Haftungsrecht, S. 9, 10.

⁸³ Deutsch, Haftungsrecht, S. 14, 15, Rn. 17, 18, 19; Brüggeheimer, Deliktsrecht, S. 39, Rn. 5; Deutsch, Haftungsrecht, S. 15, Rn. 19.

⁸⁴ Röhl, JZ 1974, 521 (522).

⁸⁵ Staudinger/Löwisch/Caspers § 276 Rn. 29.

⁸⁶ BT Drucksache 14/6040, S. 131.

noch mildere Haftung bestimmen. Im Folgenden sollen solche Ausnahmen behandelt werden. Hierbei soll insbesondere herausgestellt werden, welchen Zweck diese Ausnahmen haben und wie sie im Zusammenspiel miteinander zu sehen sind. Diese gemilderten Haftungsmaßstäbe sind in Wirklichkeit gemilderte Schuldmaßstäbe; denn ein rechtliches Sollen entsteht nur bei einer besonderen Schuldform. Dennoch ist im Folgenden von Haftungsprivilegierungen die Rede, um eine Einheitlichkeit mit der allgemein verwendeten Terminologie zu bewahren.

2. Methodik

Der Richter ist an das Gesetz gebunden; die Methodenlehre sagt aus, wie durch den Richter der Transport der Rechtsnorm auf den Fall erfolgen soll.⁸⁷ Allerdings kann die Kodifikation der Gesetze nicht auf jeden Fall eine Antwort bieten.⁸⁸ Die Methodenlehre versucht daher auch eine Antwort auf die Frage zu geben, wie entschieden werden muss, wenn eine Lücke im Gesetz besteht. Methodik hat daher ganz allgemein definiert die Aufgabe, den verschiedenen Formen der Rechtsanwendung eine „im Grundsatz gemeinsame Struktur fallbezogener Normkonkretisierung“ zu geben.⁸⁹ Die juristische Hermeneutik beschäftigt sich mit der Frage, wie „die Differenz zwischen Allgemeinheit der Norm und Singularität des Einzelfalles“ überwunden werden kann.⁹⁰ Die Methode zur Ermittlung der Bedeutung von Gesetzesbegriffen ist die Auslegung.⁹¹ Auslegung ist Darlegung des Inhalts des Rechts.⁹² Hierdurch soll der Begriffsinhalt⁹³, die wahre Bedeutung der Norm⁹⁴, ermittelt werden. Seit Savigny werden vier Auslegungsmethoden unterschieden.⁹⁵ Diese sind heute grundsätzlich noch anerkannt, auch durch das BVerfG.⁹⁶ Eine Unterscheidung zwischen gesunden und mangelhaften Gesetzen wie bei Savigny jedoch unterbleibt hierbei.⁹⁷

Obwohl grundsätzlich Einigkeit über die Auslegungsbedürftigkeit von Gesetzen besteht, ist auch heute noch streitig, wie genau diese Auslegung erfolgen soll. Gerade in jüngerer Zeit ist die Methodenlehre wieder Aufhänger von hitzigen⁹⁸ Diskussionen. Maßgeblicher Kritiker der wohl herrschenden objektiven Theorie ist Bernd Rüthers.⁹⁹

⁸⁷ Hassemer, Kaufmann/Hassemer/Neumann, Rechtstheorie, C 5.2, S. 251.

⁸⁸ Hassemer, Kaufmann/Hassemer/Neumann, Rechtstheorie, C 5.2.2, S. 253.

⁸⁹ Müller, Methodik, 01, Rn. 1, S. 27.

⁹⁰ Schroth, Kaufmann/Hassemer/Neumann, Rechtstheorie, C 6.1, S. 270.

⁹¹ Vogel, juristische Methodik, § 8 I 1 S. 112.

⁹² Windscheid, I § 20, S. 49.

⁹³ Vogel, juristische Methodik, § 8 I 1 S. 113.

⁹⁴ Bierling, Prinzipienlehre, § 53, 1, S. 197.

⁹⁵ Savigny, System, § 33, S. 213 f.

⁹⁶ Müller, Methodik, 211, Rn. 24, S. 40.

⁹⁷ Schroth, Kaufmann/Hassemer/Neumann, Rechtstheorie, C 6.3.3.2, S. 279.

⁹⁸ So werden der jeweils anderen Partei „wissenschaftliche Inkorrektheiten“ vorgehalten (Canaris, JZ 2011, 879 (879)) oder „methodischer Blindflug“ attestiert (Rüthers, NJW 1996, 1249 (1249)).

⁹⁹ Rüthers: NJW 1996, S. 1249 ff.; JZ 2002, S. 365 ff.; JZ 2006, S. 53 ff.; ZRP 2008, S. 48 ff.; ders. JZ 2011, 593 (600).

An dieser althergebrachten objektiven Theorie, die maßgeblich von Karl Larenz geprägt wurde, halten hingegen insbesondere dessen Schüler Claus-Wilhelm Canaris und der ehemalige Präsident des BGH Günter Hirsch fest.¹⁰⁰

a. Auslegung

Im deutschen Recht gibt es Auslegungsregeln nur für Willenserklärungen.¹⁰¹ In anderen Rechtsordnungen existieren auch allgemeine Regeln der Auslegung für Gesetze; jedoch sind diese als Rechtssätze selbst wieder auslegungsbedürftig.¹⁰² Daher ist das Schweigen des Gesetzes verständlich. Im Wesentlichen gibt es zwei gegensätzliche Ansatzpunkte, Gesetze auszulegen: die objektive und die subjektive Theorie. Während die subjektive Theorie vorrangig auf den „Willen des Gesetzgebers“ abstellt, sieht die objektive Theorie auf den „Willen des Gesetzes“.

aa. Objektive Theorie

In Literatur und Rechtsprechung ist die (eher) objektive Theorie herrschend.¹⁰³ „Der Ausleger kann die Gesetze besser verstehen, als sie seine Schöpfer verstanden haben, das Gesetz kann klüger sein, als seine Verfasser – es muß sogar klüger sein.“¹⁰⁴ Das Gesetz wird als verselbstständigte Materie angesehen; man könne nicht den Willen des Gesetzgebers ermitteln, da dort eine Vielzahl an Meinungen beteiligt war.¹⁰⁵ Der Gesetzgeber sei schließlich der Staat, welcher sich nicht durch die an dem Gesetzgebungsverfahren Beteiligten äußere, sondern nur im Gesetz selbst.¹⁰⁶ Maßgeblich sei der in der jeweiligen Vorschrift „zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers“.¹⁰⁷ Hingegen die „subjektiven Vorstellungen der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner Mitglieder“ könne nicht relevant sein.¹⁰⁸ So könne der Eindruck vermieden werden, dass die „überempirische Auslegung ein Zauberkunststück“ sei „das aus einem Behältnis mehr und anderes herausholt, als hineingelegt worden ist.“¹⁰⁹ Als Beispiel hierfür dient ein Rätsel; dieses könne schließlich mehr Lösungen als die ursprünglich erdachte Lösung haben.¹¹⁰ Für ein Rätsel mag es mehrere Lösungen geben, auch jemand anderes als der Erfinder des Rätsels kann sich eine Lösung ausdenken. Beim Gesetz je-

¹⁰⁰ Canaris, JZ 2011, 879 (886); Hirsch, JZ 2007, S. 853 ff.; ders., ZRP 2006, S. 161; ders. http://www.zeit.de/reden/bildung_und_kultur/hirsch_bls

¹⁰¹ Hassold, ZZZ 1984, 192 (196).

¹⁰² Hassold, ZZZ 1984, 192 (196).

¹⁰³ Vertreter der (eher) obj. Theorie: BVerfGE 1, 299 (312); BGHZ, 46, 74 (76 f.); Larenz, Methodenlehre, S. 322; Radbruch, Rechtsphilosophie, § 15, S. 210; Zippelius, Methodenlehre, § 4 II c, S. 24; Wank, Auslegung, § 8 II, S. 69 ff. Tendenziell wohl auch Vogel, juristische Methodik, § 8 I 4 c S. 124 ff.

¹⁰⁴ Radbruch, Rechtsphilosophie, § 15, S. 211.

¹⁰⁵ Radbruch, Rechtsphilosophie, § 15, S. 210.

¹⁰⁶ Radbruch, Rechtsphilosophie, § 15, S. 211.

¹⁰⁷ BVerfGE 1, 299 (312).

¹⁰⁸ BVerfGE 1, 299 (312).

¹⁰⁹ Radbruch, Rechtsphilosophie, § 15, S. 216.

¹¹⁰ Radbruch, Rechtsphilosophie, § 15, S. 216.

doch ist das Prinzip der Gewaltenteilung zu beachten: nur wenn der Gesetzesanwender sich an die Vorgaben des Gesetzgebers hält, ist diese Gewaltenteilung beachtet. Und für die Vorgaben des Gesetzgebers ist es bezeichnend, was die Vorstellung des Gesetzgebers war. Daher erscheint die objektive Theorie in manchen Fällen eben gerade wie das genannte „überempirische Zauberkunststück“.

Auch das BVerfG hat sich in einer alten Entscheidung grundsätzlich zur (eher) objektiven Methode bekannt.¹¹¹ Jedoch halte es diese in der Praxis nicht immer geradlinig ein.¹¹²

Gegen die objektive Theorie spreche, dass das Gesetz selbst nicht „wollen“ könne, dass dies nur ein Mensch könne.¹¹³ Diese Theorie berge die Gefahr, dass eine Umdeutung „unter dem Deckmantel einer angeblichen Auslegung“ geschehe.¹¹⁴ „Wo ‚überpositives Recht‘ beschworen wird, dient es nicht der Rechtsfindung, sondern der eigenmächtigen Rechtsetzung der Beschwörer.“¹¹⁵ Die objektive Theorie verschleierte die Grenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung;¹¹⁶ wesentlich methodenehrlicher und damit rechtsstaatlicher sei die subjektive Theorie.¹¹⁷

bb. Subjektive Theorie

Nach der subjektiven Theorie ist daher der Wille der an der Gesetzgebung beteiligten Organe zu ermitteln.¹¹⁸ Der „Gesetzgeber wird als Subjekt der im Gesetz liegenden Erklärung in den Vordergrund gestellt.“¹¹⁹ Für die historische Interessensforschung spreche, dass so am besten sicher gestellt sei, dass die Interessen, die die Schaffung des Gesetzes begründet haben, verwirklicht werden können.¹²⁰ Schließlich sei das Gesetz der „Staatswille“.¹²¹ Vorrangiges Mittel zur Ermittlung dieses Staatswillens ist die Heranziehung der Gesetzesmaterialien.¹²² Wenn eine Interessensbewertung des Gesetzgebers bestehe, so müsse sich der Richter aufgrund der Machtverteilung im Staat hieran halten.¹²³ Die Grenze sei freilich dann gegeben, wenn sich dieser Wille nicht ermitteln lasse.¹²⁴

Gegen die subjektive Theorie spreche allerdings, dass es nicht auf den Willen der einzelnen Abgeordneten ankommen könne, weil letztlich im Gesetz die „konsensfähige Ge-

¹¹¹ BVerfGE 1, 299 (312).

¹¹² Müller, Methodik, 211, Rn. 25, S. 40.

¹¹³ Heck, Gesetzesauslegung, § 7, S. 70.

¹¹⁴ Bierling, Prinzipienlehre, § 53, 12, S. 258.

¹¹⁵ Rüthers, ZRP 2008, 48 (50).

¹¹⁶ Rüthers, ZRP 2008, 48 (48).

¹¹⁷ Hassold, ZJP 1984, 192 (204).

¹¹⁸ Vertreter der (eher)subjektiven Theorie: Heck, Gesetzesauslegung, § 6, S. 59; Bierling, Prinzipienlehre, § 53, 12, S. 261; Rüthers/Fischer, Rechtstheorie, § 22 Rn. 722, S. 450, 451; tendenziell auch: Windscheid, I § 22, S. 54.

¹¹⁹ Hassold, ZJP 1984, 192 (198).

¹²⁰ Heck, Gesetzesauslegung, § 6, S. 59.

¹²¹ Bierling, Prinzipienlehre, § 53, 12, S. 261.

¹²² Bierling, Prinzipienlehre, § 53, 12, S. 269.

¹²³ Rüthers/Fischer, Rechtstheorie, § 22 Rn. 722, S. 451.

¹²⁴ Hassold, ZJP 1984, 192 (199).

rechtingkeitsvorstellung“ des Volkes durch den Mittler des Parlaments ausgedrückt sei.¹²⁵ Deshalb sei nicht der subjektive Wille einzelner Abgeordneter, sondern diese Gerechtigkeitsvorstellung relevanter Zweck.¹²⁶

Da beide extremen Standpunkte ihre Schwachpunkte haben, ist es verständlich, dass je nach Autor Nuancen sichtbar werden.¹²⁷ So wird beispielsweise eine Vereinigung beider Theorien vorgeschlagen.¹²⁸

cc. Stellungnahme

In der Tat kann nicht die Vorstellung einzelner Abgeordneter relevant sein.¹²⁹ Der „Gesetzgeber“ ist keine einzelne Person, sondern das vom Volk legitimierte Parlament als Organ. Selbstverständlich kann ein Organ in nicht-menschlicher Gestalt keinen Willen haben. Daher ist das als „Wille des Gesetzgebers“ bezeichnete Phänomen die Intention des Parlamentes bei dem Erlass eines Gesetzes. Diese Intention könnte als „Kollektivwillen der Abgeordneten“ beschrieben werden. Dieser Wille basiert letztlich auf den objektiven Erwägungen, die die Mehrheit dazu bewogen haben, dem Gesetz zuzustimmen oder die bei dem Vorschlag des Gesetzesentwurfes maßgeblich waren. Diese Erwägungen wiederum beruhen auf den Rechtsvorstellungen und Rechtsproblemen jener Zeit. Wenn vom „Willen des Gesetzgebers“ gesprochen wird, müssen daher immer jene Kriterien, die dem Recht zur Zeit der Entstehung immanent waren, gemeint sein.

Es gilt den Ausgleich zu finden, wie ihn das BVerfG beschreibt: einerseits „sind subjektive Vorstellungen der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder nicht entscheidend.“¹³⁰ Zudem können Gesetze altern; die „Rechtsprechung“ ist nur dann eine „Recht“sprechung, wenn nicht einzig der historische Wille des Gesetzgebers relevant bleibt, sondern auch ein geändertes Normverständnis der Normunterworfenen berücksichtigt werden kann.¹³¹ Andererseits hat sich der Richter an eine eindeutige gesetzgeberische Entscheidung zu halten;¹³² es darf „dem Gesetz kein Sinn untergelegt werden, den der Gesetzgeber offensichtlich nicht hat verwirklichen wollen“.¹³³

Der Unterschied zwischen diesen beiden Ansätzen manifestiert sich daher vor allem im Rahmen des Telos. Für die Befürworter der (eher) subjektiven Theorie ergeben die Auslegung nach dem Wortlaut, die historische und systematische Auslegung zusammen das Telos, also den Zweck, der Norm;¹³⁴ nur bei der Auslegung einzelner Tatbestands-

¹²⁵ Zippelius, Methodenlehre, § 4 II c, S. 24.

¹²⁶ Zippelius, Methodenlehre, § 4 II c, S. 24.

¹²⁷ Zippelius, Methodenlehre, § 4 II b, S. 23. So etwa: Vogel, juristische Methodik, § 8 I 4 c S. 124 ff. oder Sauer, Methodenlehre § 36, S. 298.

¹²⁸ Sauer, Methodenlehre § 36, S. 298.

¹²⁹ So BVerfGE 1,299 (312).

¹³⁰ BVerfGE 1,299 (312).

¹³¹ Bitter/Rauhut, JuS 2009, 289 (292).

¹³² BVerfGE 82,6 (12).

¹³³ Vogel, juristische Methodik, § 8 I 4d S. 129.

¹³⁴ Rütters/Fischer, Rechtstheorie, § 22 Rn. 796, S. 498.

merkmale ist das vorher ermittelte Telos eines der Auslegungsmittel.¹³⁵ Für die Vertreter der (eher) objektiven Theorie hingegen ist die teleologische Auslegung immer eine Kategorie mit eigener Dynamik.¹³⁶ Problematisch hieran ist, dass im Rahmen des Telos Gesichtspunkte wie die „Gerechtigkeit“ oder sonstige ethische Prinzipien Raum einnehmen können, deren Inhalt jedoch maßgeblich durch den Gesetzesanwender selbst festgelegt werden können.¹³⁷ Daher ist die Frage der Art und Weise der Auslegung letztlich eine Frage der Gewaltenteilung.¹³⁸ Nach dem Grundgesetz ist die Legislative für die Setzung von Recht zuständig; mithin die demokratisch legitimierten Gesetzgebungsorgane. Geht die Auslegung jedoch von einem verselbstständigten Normtext aus, so besteht die Gefahr, dass der Rechtsanwender und nicht der Gesetzgeber den Zweck des Gesetzes bestimmt. Der Rechtsanwender muss also versuchen, den Zweck des Gesetzes, wie ihn sich der Gesetzgeber vorgestellt hat, zu ermitteln. Daher wird hier eine eher subjektive Methode befürwortet, nach der es Ziel der Auslegung ist, die im Gesetz enthaltene Wertentscheidung der Normsetzer, das Telos, zu ermitteln.¹³⁹ Dies wird durch die Auslegungsmethoden des Wortlautes, der Entstehungsgeschichte und der Systematik erreicht. Grenzen findet diese Methode schließlich dann, wenn ein Zweck des Gesetzgebers anhand dieser Auslegungsmethoden nicht erkennbar ist. In diesem Fall muss der Rechtsanwender versuchen, im Einklang mit der sonstigen Rechtsordnung den Zweck der Vorschrift zu ermitteln. Wenn hingegen nicht der Zweck einer Norm ermittelt werden soll, sondern ein einzelner Begriff einer Norm ausgelegt wird, so sind die Kriterien der Auslegung die verschiedenen Auslegungsmethoden: Wortlaut, Historie, Systematik und Telos – das nicht als objektiv vorhanden angesehen wird, sondern durch Auslegung ermittelt wurde.

[1]. Wortlaut

Im Rahmen dieser Auslegung wird auf die sprachliche Fassung abgestellt, indem die Bedeutung der Worte ermittelt wird.¹⁴⁰ Die Auslegung nach dem Wortlaut ist die Ermittlung des Sprachsinnes oder Sprachgebrauches des Gesetzes;¹⁴¹ also der sprachlichen Verwendungsregeln für die Gesetzesbegriffe.¹⁴² Diese Begriffe drücken aus, was der Mitteilende sagen will.¹⁴³ Da die Sprache aber mit „begrenzten Mitteln“ eine „unbegrenzte Fülle an Wirklichkeit abbilden und mit Wertungen versehen“ muss, kann eine Eindeutigkeit der Regelung kaum gegeben sein.¹⁴⁴ Zudem ergibt sich die Interpretationsbedürftigkeit aus der Tatsache, dass der Gesetzgeber nicht alle tatsächlichen Entwicklungen voraus-

¹³⁵ Rüthers/Fischer, Rechtstheorie, § 22 Rn. 730a, S. 454.

¹³⁶ Larenz, Methodenlehre, S. 322.

¹³⁷ Rüthers/Fischer, Rechtstheorie, § 22 Rn. 808, S. 505.

¹³⁸ So auch: Rüthers/Fischer, Rechtstheorie, § 22 Rn. 696, S. 437.

¹³⁹ Rüthers/Fischer, Rechtstheorie, § 22 Rn. 725, S. 452.

¹⁴⁰ Rüthers/Fischer, Rechtstheorie, § 22 Rn. 738, S. 462.

¹⁴¹ Alexy, juristische Argumentation, S. 289.

¹⁴² Vogel, juristische Methodik, § 8 I 3 S. 114.

¹⁴³ Bierling, Prinzipienlehre, § 53, 4, S. 212.

¹⁴⁴ Haft, Kaufmann/Hassemmer, Rechtstheorie, C 5.2, S. 279 (1994).

sehen und regeln kann.¹⁴⁵ Durch eine Fehlinterpretation eines Gesetzestextes kann sein Gegenstand verändert werden;¹⁴⁶ dieser Gefahr muss begegnet werden, weil die Gesetze nur durch das demokratisch legitimierte Parlament geändert werden dürfen.¹⁴⁷ Da der Text Teil einer Kodifikation ist, muss der Gesetzeswortlaut auch immer im Rahmen der Gesamtrechtsordnung gesehen werden. Daher ist nicht nur der Inhalt einzelner Worte wichtig, sondern ebenso wie diese im Zusammenspiel verwendet werden.¹⁴⁸ Ein Rechtsatz muss in seinen Kontext eingeordnet werden.¹⁴⁹ Dies bedeutet, dass der Begriff nach der allgemeinen juristischen Fachsprache interpretiert werden muss.¹⁵⁰ Aber auch der allgemeine Sprachgebrauch kann von Bedeutung sein.¹⁵¹ Hiergegen wird eingewandt, dass Gesetzestexte fachsprachliche Texte seien und daher niemals umgangssprachliche Bedeutung haben könnten.¹⁵² Schließlich verstehe in der Umgangssprache jeder etwas anderes unter „Wald“; im Gesetz hingegen müsse dies immer die gleiche Bedeutung haben.¹⁵³ Die reine Möglichkeit der Mehrdeutigkeit eines Wortes in der Umgangssprache allerdings bedingt lediglich, dass man sich auf eine bestimmte dieser Deutungen einigen muss, um eine einheitliche Rechtsanwendung zu sichern. Das Gesetz sei wie ein medizinischer Text ein ausschließlich fachsprachlicher Text, weshalb die Umgangssprache nicht weiter helfen könne.¹⁵⁴ So generell kann dies jedoch nicht verneint werden: das Gesetz ist in der Amtssprache Deutsch abgefasst, so dass es dem Bürger grundsätzlich zugänglich ist. Daher kann die umgangssprachliche Bedeutung ein Ausgangspunkt für die Interpretation sein.

Gleichzeitig wird der Wortlaut auch als „Grenze“ der Auslegung gesehen.¹⁵⁵ Eine Interpretation, die nicht vom Wortlaut gedeckt ist, kommt daher nicht in Frage.

[2]. Historie

Die Historie besteht aus der genetischen und der historischen Auslegung. Schließlich gilt: „Wer nach der Botschaft eines Textes sucht, tut gut daran, nach Möglichkeit den Autor zu befragen oder wenigstens die Umstände zu ergründen, unter denen der Text entstand.“¹⁵⁶

¹⁴⁵ Kirchhof, in: Sprache und Recht, S. 127.

¹⁴⁶ Kirchhof, in: Sprache und Recht, S. 130.

¹⁴⁷ Kirchhof, in: Sprache und Recht, S. 130.

¹⁴⁸ Bierling, Prinzipienlehre, § 53, 4, S. 216.

¹⁴⁹ Kirchhof, in: Sprache und Recht, S. 129.

¹⁵⁰ Enneccerus, Bürgerliches Recht, Bd I 1, (1921), § 51, S. 113; (1928), § 51, S. 110; Vogel, juristische Methodik, § 8 I 3a S. 114.

¹⁵¹ Vogel, juristische Methodik, § 8 I 3a S. 115.

¹⁵² Wank, Auslegung, § 5 I 1, S. 39.

¹⁵³ Wank, Auslegung, § 5 I 1, S. 40.

¹⁵⁴ Wank, Auslegung, § 5 V, S. 46.

¹⁵⁵ BVerfGE 71, 108 (115), BVerfGE 92, 1 (12), Zippelius, Methodenlehre, § 9 II a, S. 47.

¹⁵⁶ Bitter/Rauhut, JuS 2009, 289 (294).

Als genetische Auslegung wird die „Entstehungsgeschichte“ bezeichnet;¹⁵⁷ hierdurch soll der Wille des Gesetzgebers ermittelt werden, indem auf die Gesetzesmaterialien abgestellt wird.¹⁵⁸ Das „örtliche und zeitliche Milieu der Gesetzgebung“ soll beleuchtet werden.¹⁵⁹ Bei der genetischen Auslegung ist zu beachten, dass einzelne subjektive Vorstellungen von Mitgliedern des Parlamentes nicht entscheidend sein können;¹⁶⁰ schließlich ist der „Gesetzgeber“ keine homogene Gruppe.¹⁶¹ Vielmehr ist der Kollektivwille des Parlamentes zu betrachten, der sich in den Materialien zum dem Gesetz niederschlägt und sich aus den Rechtsproblemen der damaligen Zeit herleiten lässt. Der Gesetzgeber hat eine Lebenslage im Auge, die er im Tatbestand einer Norm beschreibt. Die Rechtsfolge der Norm ordnet an, wie diese Lebenslage geregelt werden soll. Hierin ist ein Werturteil des Gesetzgebers enthalten.¹⁶² Wenn man den „Willen des Gesetzgebers“ versucht zu ermitteln, ist dies also eine Interpretation, die die Rechtsprobleme zur Zeit der Entstehung miteinbezieht, um den hinter der Norm stehenden Gedanken zu verstehen. Die Gesetzesauslegung kann einer Norm daher nur diese gesetzgeberischen Wertentscheidungen entnehmen.¹⁶³ Eine hierüber hinausgehende Wertung ist Rechtsfortbildung.

Die historische Auslegung ist die „Entwicklungsgeschichte“;¹⁶⁴ sie bezieht Tatsachen aus der Geschichte des diskutierten Rechtsproblems als Gründe für oder gegen die Auslegung mit ein;¹⁶⁵ nämlich die bisherige Rechtsprechung und bisherige Lehre.¹⁶⁶

Anschließend muss überprüft werden, ob dieser historische Normzweck auch heute noch verbindlich ist.¹⁶⁷ Grundsätzlich muss dies aufgrund der Bindung an die Gesetze der Fall sein.¹⁶⁸ Nur ausnahmsweise kann ein mit der Norm verfolgtes Ziel unerreichbar oder gegenstandslos geworden sein, bzw. sich grundsätzliche Wertevorstellungen geändert haben.¹⁶⁹ Dies fällt dann jedoch in dem Bereich der Rechtsfortbildung.¹⁷⁰

[3]. Systematik

Da eine Norm nicht isoliert steht, sondern Teil einer Rechtsordnung ist, muss der Zusammenhang mit jener Rechtsordnung betrachtet werden.¹⁷¹ Im Rahmen der systemati-

¹⁵⁷ Wank, Auslegung, § 7 III, S. 66; Vogel, juristische Methodik, § 8 I 4d S. 128.

¹⁵⁸ Alexy, juristische Argumentation, S. 291.

¹⁵⁹ Bierling, Prinzipienlehre, § 53, 12, S. 275.

¹⁶⁰ BVerfGE 1,299 (312).

¹⁶¹ Kudlich, JA 2004, 74 (77).

¹⁶² Rüthers, JZ 2006, 53 (57).

¹⁶³ Rüthers, JZ 2006, 53 (58).

¹⁶⁴ Wank, Auslegung, § 7 IV, S. 67.

¹⁶⁵ Alexy, juristische Argumentation, S. 294.

¹⁶⁶ Wank, Auslegung, § 7 IV, S. 67.

¹⁶⁷ Rüthers/Fischer, Rechtstheorie, § 22 Rn. 786, S. 493.

¹⁶⁸ Rüthers/Fischer, Rechtstheorie, § 22 Rn. 730 d, S. 456.

¹⁶⁹ Rüthers/Fischer, Rechtstheorie, § 22 Rn. 730 d, S. 457.

¹⁷⁰ Rüthers/Fischer, Rechtstheorie, § 22 Rn. 730 d, S. 457.

¹⁷¹ Neuner, Rechtsfindung, S. 105.

schen Auslegung wird daher untersucht, welcher Sinn sich aus dem Kontext, also dem Gesamtkonzept der Rechtsordnung ergibt.¹⁷² Konkreter Kontext kann das BGB als „einheitliches Wertungskonzept“ sein.¹⁷³ Hierbei kann zwischen äußerer und innerer Systematik unterschieden werden. Als das äußere System wird die Gliederung eines Gesetzes oder der Zusammenhang mit anderen Vorschriften¹⁷⁴ bzw. die Beziehung zu diesen gemeint.¹⁷⁵ Das innere System beruht auf der Annahme, dass die Rechtsordnung inhaltlich nicht widersprüchlich ist,¹⁷⁶ also ein „geordnetes Normengefüge widerspruchsfreier normativer Wertmaßstäbe“.¹⁷⁷ Daher gehört zur systematischen Auslegung auch die Überlegung, wie die Rechtslage wäre, gäbe es die auszulegende Norm nicht.¹⁷⁸ Deshalb wird diejenige Gesetzesauslegung gesucht, die mit der sonstigen Rechtsordnung im Einklang steht und möglichst keine Wertungswidersprüche mit sich bringt.¹⁷⁹ Jedoch darf unter dem „Etikett der systematischen Auslegung“ nicht verdeckt die gesetzgeberischen Interessensbewertungen verändert werden.¹⁸⁰ Problematisch wird die Erzielung eines Ergebnisses dann, wenn ein Widerspruch gesetzlicher Wertungen besteht.

[4]. *Telos*

Insbesondere bei der teleologischen Auslegung werden die Unterschiede zwischen objektiver und subjektiver Theorie deutlich. Während die Subjektivisten versuchen zu ermitteln, welchen Regelungszweck der Gesetzgeber verfolgte, betrachten die Objektivisten den Zweck des Gesetzes losgelöst von der gesetzgeberischen Intention.

Nach der wohl h.M., die der objektiven Theorie folgt, sind legitime Gesetzeszwecke solche wie die „Sachgerechtigkeit der Entscheidung“, die Kontrolle der sozialen Folgen, die Effektivität, die Praktikabilität,¹⁸¹ sowie die „Gerechtigkeit“ des Ergebnisses.¹⁸² Auch Sachgemäßheit, Sachangemessenheit, Gleichbehandlung und rechtsethische Prinzipien werden genannt.¹⁸³ Objektiv-teleologische Argumente sind also „vernünftige“ oder „objektiv gebotene“ Zwecke.¹⁸⁴

Aber auch von den Vertretern der h.M. wird erkannt, dass die Gefahr besteht, dass so „verdeckte Rechtspolitik betrieben werden“ kann.¹⁸⁵ Dieser Gefahr kann jedoch nur

¹⁷² Vogel, juristische Methodik, § 8 I 4 S. 119.

¹⁷³ Rüthers/Fischer, Rechtstheorie, § 22 Rn. 747, S. 467.

¹⁷⁴ Vogel, juristische Methodik, § 8 I 4b S. 120; Wank, Auslegung, § 6 II, S. 55.

¹⁷⁵ Alexy, juristische Argumentation, S. 295.

¹⁷⁶ Wank, Auslegung, § 6 III, S. 56.

¹⁷⁷ Rüthers/Fischer, Rechtstheorie, § 22 Rn. 744, S. 466.

¹⁷⁸ Pawlowski, Methodenlehre, § 9 8, Rn. 362.

¹⁷⁹ Wank, Auslegung, § 6 III 3, S. 62; Vogel, juristische Methodik, § 8 I 4b S. 123.

¹⁸⁰ Rüthers/Fischer, Rechtstheorie, § 22 Rn. 749, S. 468.

¹⁸¹ Enneccerus, Bürgerliches Recht, Bd I 1, (1921), § 51, S. 117; (1928), § 51, S. 113.

¹⁸² Wank, Auslegung, § 8 II, S. 69, 70, 71.

¹⁸³ Vogel, juristische Methodik, § 8 I 4c,bb S. 127.

¹⁸⁴ Alexy, juristische Argumentation, S. 296.

¹⁸⁵ Vogel, juristische Methodik, § 8 I 4c,bb S. 127.

begegnet werden, indem keine inhaltsflexiblen Begriffe wie die „Gerechtigkeit“ bemüht werden. Denn diese Begriffe werden alleine durch den Interpreten selbst geprägt. Dies stimmt freilich nicht mit dem Prinzip der Gewaltenteilung überein. Daher ist der (eher) subjektiven Methode zu folgen, die den Regelungszweck, wie ihn der demokratisch legitimierte Gesetzgeber wollte, versucht zu ermitteln. Dies geschieht anhand der anderen drei Auslegungsmethoden. Soll also der Zweck einer Norm ermittelt werden, ist das Telos keine Auslegungsmethode, sondern das Auslegungsziel.¹⁸⁶

Nur wenn dieses Telos anhand der anderen drei Auslegungsmethoden ermittelt wurde, kann bei der Auslegung bestimmter Tatbestandsmerkmale das Telos ein Mittel der Auslegung sein.¹⁸⁷

[5]. Schadensrechtsspezifische Faktoren

Im Rahmen einer teleologischen Auslegung können aber unter Umständen auch noch Zwecke eine Rolle spielen, die für das gesamte Rechtsgebiet des Schadensersatzrechtes gelten. Da die hier untersuchten Normen diesem zuzuordnen sind, ist für ihre Aufarbeitung auch der Zweck des allgemeinen Schadensersatzrechtes interessant. Dieses dient der Schadensabnahme und der Prävention. Es operiert mit dem Verursacherprinzip, das auf einem Verschulden basiert. Verkehrsschutz soll durch einen objektiven Verschuldensmaßstab gewährleistet werden. Es wird eine „gerechte Verteilung“ der monetären Folgen eines Schadenseintrittes angestrebt, nicht jedoch die Sanktionierung persönlicher Schuld.¹⁸⁸

Bei den zu untersuchenden Normen stellen sich die Fragen: bei welchem Schaden handelt es sich um ein allgemeines Lebensrisiko des Geschädigten? Wo soll ein anderer dafür haften? Diese Trennlinie zu ziehen ist Aufgabe der Auslegung. Da es hier um die Verteilung von Kosten geht, kommt eine ökonomische Analyse des Rechts als Auslegungsansatz in Betracht.

[a]. Ökonomische Analyse des Rechts

Vor Geltung des Grundgesetzes erschien es möglich, ein anhand von Rechtsnormen gefundenes Ergebnis im Zivilrecht wirtschaftlich und ethisch zu überprüfen, weil das Recht Teil unserer Kultur sei, welche durch wirtschaftliche und ethische Anschauungen geprägt sei.¹⁸⁹ Da das Grundgesetz jedoch wirtschaftsneutral ist, ist dies nicht mehr so selbstverständlich.¹⁹⁰

¹⁸⁶ Rüthers/Fischer, Rechtstheorie, § 22 Rn. 730a, S. 454.

¹⁸⁷ Rüthers/Fischer, Rechtstheorie, § 22 Rn. 730a, S. 454.

¹⁸⁸ S.o. S. 10.

¹⁸⁹ Enneccerus, Bürgerliches Recht, Bd I 1, (1921), § 51, S. 117; (1928), § 51, S. 113.

¹⁹⁰ Eidenmüller, Effizienz, S. 464; Vogel, juristische Methodik, § 8 I 4c,bb S. 127.

Ausgangspunkt der ökonomischen Analyse des Rechts waren Aufsätze von Coase¹⁹¹ bzw. Calabresi¹⁹² zu Transaktionskosten und Kostenallokation.¹⁹³ Hierauf aufbauend entwickelte Posner¹⁹⁴ die Economic Analysis of Law, eine am Effizienzziel orientierte Betrachtungsweise des Rechts.¹⁹⁵ Aus dem Bereich des anglo-amerikanischen Rechts wurde dies dann maßgeblich durch Adams¹⁹⁶ und Ott/Schäfer¹⁹⁷ in das deutsche Recht übertragen.

Die ökonomische Analyse des Rechts (ÖAR) bewertet rechtliche Fragen anhand ihrer ökonomischen Auswirkung. Ziel der ÖAR ist es, Anwendung und Folgen von Normen mit dem Gedanken der ökonomischen Effizienz in Bezug zu setzen.¹⁹⁸ Hierbei ist zwischen der positiven ÖAR und der normativen ÖAR zu unterscheiden. Die positive Methode setzt ex ante bei der Gesetzesschaffung an, während der normative Ansatz die Bedeutung einer bestehenden Norm zu ermitteln sucht.¹⁹⁹ Während die klassische juristische Methodenlehre sich hierbei an die fest umrissenen canones der Auslegung hält, arbeitet die ÖAR mit der Folgenermittlung und Folgenbewertung.²⁰⁰

Die ÖAR beruht auf der Annahme des homo oeconomicus, der rational und eigennützig handelt.²⁰¹ Hierbei bedeutet Eigennutz, dass eigene Präferenzen gewählt werden, während das Rationalverhalten aussagt, wie diese Entscheidung nach Präferenzen getroffen wird.²⁰² Schließlich stünden sogar hinter sozial anmutenden Normen im Endeffekt Eigeninteressen; bzw. werden manche Normen nur aus Angst vor den Folgen der Nichtbeachtung beachtet.²⁰³ Im Mittelpunkt des Interesses steht die Effizienz. Effizienz im ökonomischen Sinne ist Ausbeutung von Ressourcen dergestalt, dass deren Wert maximiert wird.²⁰⁴ Hierbei wird von einer Ressourcenknappheit ausgegangen:²⁰⁵ während menschliche Bedürfnisse unendlich sind, sind die zur Verfügung stehenden Mittel endlich.²⁰⁶ Durch die ökonomische Analyse sollen also die ökonomischen Folgen der jewei-

¹⁹¹ Coase, Ronald H., Das Problem der sozialen Kosten, in: Assmann/Kirchner/Schanze, S. 129 ff.

¹⁹² Calabresi, Guido, Die Entscheidung für oder gegen Unfälle: ein Ansatz zur nichtverschuldensbezogenen Allokation von Kosten, in: Assmann/Kirchner/Schanze, ökonomische Analyse, S. 239 ff.

¹⁹³ Schwintowski, JZ 1998, 581 (581).

¹⁹⁴ Posner, Richard A., Recht und Ökonomie: Eine Einführung, in: Assmann/Kirchner/Schanze, ökonomische Analyse, S. 79 ff. und Posner, Richard A., Vertragliche Rechtspositionen und Rechtsbehelfe, in: Assmann/Kirchner/Schanze, ökonomische Analyse, S. 184 ff.

¹⁹⁵ Schwintowski, JZ 1998, 581 (582).

¹⁹⁶ Adams, ökonomische Theorie des Rechts.

¹⁹⁷ Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts.

¹⁹⁸ Deckert, JA 1996, S. 712 (712).

¹⁹⁹ Janson, Ökonomische Theorie, S. 22.

²⁰⁰ Deckert, JA 1996, S. 712 (712).

²⁰¹ Posner in: Assmann/Kirchner/Schanze, ökonomische Analyse, S. 80; Towfigh/Petersen, Ökonomische Methoden, § 2 I 3 S. 27; Janson, Ökonomische Theorie, S. 26.

²⁰² Janson, Ökonomische Theorie, S. 37.

²⁰³ Adams, ökonomische Theorie, S. 29.

²⁰⁴ Posner in: Assmann/Kirchner/Schanze, ökonomische Analyse, S. 86.

²⁰⁵ Kirchner, Ökonomische Theorie, S. 12.

²⁰⁶ Towfigh/Petersen, Ökonomische Methoden, § 2 I 2 S. 24.

ligen Entscheidungsmöglichkeiten ermittelt werden und dann diejenige Entscheidung getroffen werden, welche für die Beteiligten am wirtschaftlichsten ist.²⁰⁷ Hierbei soll diejenige Entscheidung von mehreren möglichen gewählt werden, die die Wohlfahrt der Gesellschaft steigert.²⁰⁸ Daher ist Effizienz nicht nur eine Zweck-Mittel-Relation sondern auch das Ziel eines sozialen Gesamtzustandes in dem alle Akteure besser gestellt sind.²⁰⁹

Von den Gegnern der ÖAR wurde v.a. der Universalitätsanspruch dieser Lehre kritisiert.²¹⁰ Man könne in der freiheitlichen Rechtsordnung nicht mit ausschließlich ökonomischen Argumenten arbeiten.²¹¹ Dieser „monokausale Theorienansatz verkürzt die Multifunktionalität des Rechtswesens“. ²¹² Insbesondere der homo oeconomicus entspringe einer Vorstellung, die nicht unserer Rechtsordnung zugrunde liege.²¹³

Zudem führe die ÖAR keinen methodischen Grund an, warum sie gerade auf das Recht angewendet werden müsse.²¹⁴ Richtig ist sicherlich, dass die ÖAR das Recht lediglich aus dem Gesichtspunkt eines Aspektes her beleuchtet. Wenn aber genau dieser Aspekt durch den Gesetzgeber bedacht wurde, so ist auch eine Auslegung nach ökonomischen Gesichtspunkten erlaubt, ja sogar notwendig. Andernfalls würde der Rechtsanwender gegen seine Gesetzesbindung verstoßen.

Für eine ökonomische Analyse des Rechts spreche, dass der Jurist immer vom Einzelfall auf das Gesamtsystem schliesse, die ÖAR hingegen den Vorteil habe, vom Gesamtsystem auf den Einzelfall zu schließen.²¹⁵ Dies ist aber ein Punkt, an dem mit besonderer Vorsicht vorgegangen werden muss. Schließlich dient die Auslegung nicht dazu, ein Gesetz einem gewünschten Ergebnis durch „Auslegung“ anzupassen. Vielmehr soll durch die Auslegung der Sinn und Zweck einer Norm ermittelt werden und anhand dieser Feststellung erst das Ergebnis für den vorliegenden Fall gefunden werden. Der Vorgang der Subsumtion darf durch die ÖAR nicht in sein Gegenteil verkehrt werden. Das positive Recht habe „Einfallstore“ für ökonomische Aussagen; einerseits wenn es auf ökonomische Wertungen hinweise, andererseits wo das Gesetz zwar Wertungen vorgibt, der Rechtsanwender gleichwohl die hierauf fußenden Entscheidungsmöglichkeiten hinsichtlich ihrer Folgen analysieren müsse.²¹⁶ So könne die ÖAR „den Blick dafür schärfen, daß hinter den relevanten schuldrechtlichen Figuren und Prinzipien stets (auch) wirtschaftliche Erwägungen stehen“.²¹⁷

²⁰⁷ Eidenmüller, Effizienz, S. 77.

²⁰⁸ Schäfer in: Ott/Schäfer, Allokationseffizienz, S. 1 (2).

²⁰⁹ Janson, Ökonomische Theorie, S. 89.

²¹⁰ Fezer, JZ 1986, 817 (819).

²¹¹ Fezer, JZ 1986, 817 (823).

²¹² Fezer, JZ 1986, 817 (823).

²¹³ Fezer, JZ 1986, 817 (822).

²¹⁴ Canaris, JZ 1993, 377 (384).

²¹⁵ Adams, ökonomische Theorie, S. 13.

²¹⁶ Ott/Schäfer, JZ 1988, 213 (214).

²¹⁷ Esser/Schmidt, SchuldR Bd I AT 1, § 2 IV, S. 42.

Wenn das Gesetz selbst auf ökonomischen Wertungen aufbaut, so muss der Gesetzesanwender dies aufgrund seiner Gesetzesbindung beachten. Wenn allerdings nach der Beachtung der Wertungen des Gesetzes dennoch mehrere Entscheidungen möglich sind, ist es nicht einsehbar, warum der ökonomische Kosten-Nutzen-Ansatz alleine derjenige sein sollte, der die Entscheidung bringt. Allerdings kann die ÖAR des Rechts einer der Aspekte sein, der bedacht werden muss. Gerade im Vertragsrecht, wo es um Leistungen gehe, stehe eine wirtschaftliche Motivation im Vordergrund.²¹⁸ Auch im Haftungsrecht schaffe die Haftung Anreize zum nutzenmaximierenden Verhalten.²¹⁹

Möglicherweise könnte dies ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Zivilrechtes im Allgemeinen oder des Schadensersatzrechtes im Besonderen sein. Im Zivilrecht ist es streitig, ob es einen allgemeinen Rechtsgrundsatz gibt, nach dem das Recht ökonomisch analysiert werden kann.

Einer Ansicht nach lassen sich die Wertungen des Zivilrechts zum großen Teil auf Effizienzkriterien zurückführen;²²⁰ insbesondere der Vertrauensschutz und der Grundsatz der Rechtssicherheit bedeuteten die Herstellung von Allokationseffizienz.²²¹ Durch diese Prinzipien entfielen Informationskosten, deren Vermeidung eine Wohlfahrtssteigerung bewirke.²²² Aber auch das Verschuldensprinzip lasse sich, trotz anderer Ursprünge heute auf das Effizienzkriterium zurückführen: das Verschuldensprinzip habe sich von seinem ethisch-moralischem Ansatz gelöst da es nicht mehr an die individuelle Verantwortlichkeit, sondern an einen obj. Sorgfaltsmaßstab anknüpfe.²²³ Allerdings ist dieser objektive Maßstab gegeben, damit sich der Rechtsverkehr darauf einstellen kann.²²⁴ Hieraus zu schließen, dass das Verschuldensprinzip auf ökonomischen Überlegungen beruht, erscheint zu weit hergeholt. Der Maßstab ist aus Gründen des Verkehrsschutzes typisiert; dieser hat aber wesentlich mehr Gehalt als das bloße Einsparen von Informationskosten. Außerdem soll anders als im Strafrecht hier nicht die persönliche Schuld sanktioniert werden, weshalb der objektive Maßstab gewählt ist.²²⁵ Schließlich hält der Gesetzgeber auch nach der Schuldrechtsreform ausdrücklich am Verschuldensprinzip fest.²²⁶

Gegen eine ÖAR spreche, dass juristische Wertungen keinesfalls immer auf ökonomischer Grundlage beruhen müssen.²²⁷ Derartige juristische Wertungen könnten ferner ideelle Interessen miteinschließen und müssten keineswegs immer auf dem Kosten-Nutzen-Prinzip beruhen.²²⁸

²¹⁸ Posner in: Assmann/Kirchner/Schanze, ökonomische Analyse, S. 185.

²¹⁹ Posner in: Assmann/Kirchner/Schanze, ökonomische Analyse, S. 188.

²²⁰ Ott in: Ott/Schäfer, Allokationseffizienz, S. 25 (28).

²²¹ Ott in: Ott/Schäfer, Allokationseffizienz, S. 25 (28).

²²² Ott in: Ott/Schäfer, Allokationseffizienz, S. 25 (28).

²²³ Ott in: Ott/Schäfer, Allokationseffizienz, S. 25 (29).

²²⁴ S.o.: S. 10.

²²⁵ Deutsch/Ahrens, Deliktsrecht, § 10 Rn. 143, S. 56.

²²⁶ BT Drucksache 14/6040, S. 131.

²²⁷ Eidenmüller, Effizienz, S. 468.

²²⁸ Eidenmüller, Effizienz, S. 468.

Nur weil eine Entscheidung (des Gesetzgebers oder der Rechtsprechung) im Ergebnis ökonomisch sei, sage dies nichts über die dahinter stehenden Motive.²²⁹ Das Zivilrecht formt die Rechtsbeziehungen zwischen den Menschen aus, die wesentlich mehrdimensionaler als bloß wirtschaftlich sind. In diesem Sinne wird jetzt von Vertretern der ÖAR eine Beeinflussung des homo oeconomicus durch psychologische Verhaltenseigenschaften ausgegangen.²³⁰

Damit ökonomische Maßstäbe aber grundlegend maßgeblich sein müssten, müsste es hierzu Hinweise des Gesetzgebers geben. Etwa eine Norm oder verschiedene Normen, die dies belegen. Dies ist indes nicht der Fall. Es gibt keine allgemeine Norm, auf welche sich ein solches übergeordnetes Prinzip stützen ließe. Wenn der Gesetzgeber keine deutlichen Hinweise auf ein dementsprechendes Prinzip gegeben hat, kann ein solches nicht angenommen werden, ohne der Gesetzesbindung zuwiderzuhandeln. Anderer Ansicht nach reicht es für die Annahme eines allgemeinen Prinzips bereits, wenn der Effizienzgedanke irgendwo in der Rechtsordnung in irgendeiner Form auftaucht.²³¹ Jedoch kann ein Prinzip nur dann gegeben sein, wenn ein verallgemeinerungsfähiger Rechtsgedanke zugrunde liegt.²³²

Allerdings könnte es sich um ein lokales Rechtsprinzip handeln. Im Haushaltsrecht gibt es ausdrückliche Anordnungen der Wirtschaftlichkeit.²³³ Sogar für das Schuldrecht gelte dies, wie beispielsweise bei der Verhältnismäßigkeitsüberprüfung bei § 251 II.²³⁴

Auch im Schadensersatzrecht könnte ein solcher wirtschaftlicher Bezug gegeben sein. Schließlich wird im Schadensersatzrecht ein Ersatz geleistet, der zumeist in Geld besteht, da sich die meisten Schäden als Vermögensschäden berechnen lassen.

Daher wird angenommen, dass die Umverteilung des Schadensersatzrechtes geschehe, „um die Schadens – und Schadensvermeidungskosten insgesamt zu minimieren“.²³⁵ Warum dies Ziel des Schadensrechtes sei, wird allerdings nicht erwähnt. Das Gesetz spricht ausdrücklich nur von einem Ausgleich des Schadens durch den schuldhaft handelnden Verursacher. Eine ökonomische Sichtweise der Verschuldenshaftung frage „insbesondere nach, inwieweit die Verschuldenshaftung geeignet ist, das Verhalten der Gesellschaftsmitglieder so zu beeinflussen, dass die Höhe der Schäden auf ein sozial wünschenswertes Niveau gesteuert wird“.²³⁶ Daher wird zur Begründung der ÖAR vor allem auf die Präventivfunktion des Schadensersatzrechtes abgestellt.²³⁷ Diese müsse aus ökonomischer Sicht das Hauptziel des Haftungsrechtes sein.²³⁸ Wenn jemand planend vorgehe,

²²⁹ Eidenmüller, Effizienz, S. 474.

²³⁰ Kötz/Wagner, Deliktsrecht, Rn. 78, S. 37.

²³¹ Janson, Ökonomische Theorie, S. 169.

²³² S.u.: S. 35.

²³³ Eidenmüller, Effizienz, S. 465: § 6 II HGrG und § 7 II BHO.

²³⁴ Janson, Ökonomische Theorie, S. 169.

²³⁵ Schäfer/Ott, ökonomische Analyse, S. 160.

²³⁶ Schäfer/Ott, ökonomische Analyse, S. 157.

²³⁷ Adams, ökonomische Theorie, S. 150; Schäfer/Ott, ökonomische Analyse, S. 127.

²³⁸ Kötz/Wagner, Deliktsrecht, Rn. 63, S. 31.

so bedenke er auch stets die Haftungsrisiken und versuche diese entweder zu minimieren oder zu versichern, worin sich die Präventivfunktion des Haftungsrechtes entfalte.²³⁹ Denn falls Schadensersatz keine präventive Funktion habe, verursache die Übertragung des Schadens auf den Schädiger lediglich Umverteilungskosten (Rechtsanwälte, Gerichte) und damit einen gesamtgesellschaftlichen Nettowohlfahrtsverlust.²⁴⁰ Aber genau diese Argumentation zeigt: das Schadensersatzrecht ist keine ausschließlich ökonomische Materie. Sonst wäre es anders ausgestaltet. Das bloße Attestieren einer Präventivfunktion des Schadensersatzrechtes kann noch nicht die umfassende ÖAR des Rechts rechtfertigen. Im Gegenteil: Prävention funktioniert unter anderem über Abschreckung. Diese wiederum ist nur gegeben, wenn Nachteile entstehen. Zudem sinkt die Präventivwirkung des Haftungsrechtes mit der Ausdehnung des Versicherungswesens.²⁴¹ Schließlich wird durch den Abschluss der Versicherung nicht dem Schaden an sich vorgebeugt, sondern dessen wirtschaftliche Auswirkungen werden auf den Versicherer übertragen. Dies wiederum senkt den Anreiz, den Schaden zu vermeiden.

Somit steht fest, dass es weder für das Zivilrecht allgemein, noch für das Schadensersatzrecht im Besonderen ein allgemeines Rechtsprinzip gibt, nach welchem Recht ökonomisch ausgelegt werden muss.

Allerdings können ökonomische Aspekte dann eine Rolle spielen, wenn sie durch den Gesetzgeber im Recht angelegt wurden.²⁴² Dies kann durchaus bei einzelnen Vorschriften des Haftungsrechts der Fall sein. Schließlich spielen bei diesen Vorschriften insbesondere wirtschaftliche Faktoren eine Rolle.²⁴³ Um zu ermitteln, ob solche Aspekte tatsächlich im Einzelfall eine Rolle spielen, ist jedoch Sache der Auslegung. Nur wenn der Zweck einer bestimmten Norm ermittelt wurde und dieser ökonomische Aspekte beinhaltet, kommt eine ÖAR in Frage.

Zudem kann die ÖAR mehr als eine Kosten-Nutzen-Analyse sein: sie ist vielmehr geordnete Analyse von Konsequenzen.²⁴⁴ Wenn es also, wie im Lückenbereich, keine gesetzgeberische Wertentscheidung gibt, kann die ÖAR bei der Rechtsfortbildung möglicherweise eine Rolle spielen.

[b]. Zusammenfassung

Ein allgemeines Rechtsprinzip, dass das Zivilrecht ökonomisch ausgestaltet ist, gibt es nicht. Es gibt keine dementsprechende verallgemeinerungsfähige Norm im Zivilrecht. Auch das Schadensersatzrecht baut nicht einzig und alleine auf einem ökonomischen Gedanken auf. Das zeigt sich bereits daran, dass die Präventivfunktion des Schadensersatzrechtes nicht im Vordergrund steht und der Ausgleich des Schadens nicht dem Mo-

²³⁹ Kötz/Wagner, Deliktsrecht, Rn. 76, S. 36.

²⁴⁰ Schäfer/Ott, ökonomische Analyse, S. 126.

²⁴¹ Armbrüster, NJW 2009, 187 (191). Und s.u.: S. 26.

²⁴² Janson, Ökonomische Theorie, S. 146 (der allerdings entgegen der hier vertretenen Ansicht zusätzlich von der ÖAR als Rechtsprinzip ausgeht).

²⁴³ Kirchner in: Assmann/Kirchner/Schanze, ökonomische Analyse, S. 66.

²⁴⁴ Kirchner, Ökonomische Theorie, S. 30.

dell folgt, welches die gesamtwirtschaftliche Wohlfahrt am meisten unterstützt, sondern durch das Verschuldensprinzip. Allerdings können gerade in der Materie des Schadensrechtes, welches Kosten verteilt, auch Gedanken der ÖAR einfließen, wenn dies vom Gesetzgeber in den einzelnen Normen des Haftungsrechts angelegt ist. Daher ist bei wirtschaftlichen beeinflussten Regelungen eine ökonomische Analyse als eines der Auslegungsmittel zulässig.

[c]. *Versicherung*

Auch die Tatsache, dass vielfach haftungsrechtliche Risiken versichert sind, könnte Relevanz haben. Das Eingreifen einer Versicherung steht im Gegensatz zu dem Verschuldensprinzip, nach dem derjenige den Schaden ersetzt, der ihn verschuldet hat; hier ersetzt die Versicherung den Schaden. Für diese ist es nämlich unerheblich ob Zufall oder Verschulden vorliegt; beides kann anhand der Wahrscheinlichkeitsrechnung in die Kalkulation der Versicherungsprämie miteinbezogen werden.²⁴⁵ Es gibt zwei Arten von Versicherungen: die Privatversicherungen und die Sozialversicherungen. Bei der Privatversicherung wird nach dem Äquivalenzprinzip jeder Versicherungsnehmer nach individuellem Risiko eingestuft und bezahlt eine dementsprechende Prämie (Beispiel: private Haftpflichtversicherung).²⁴⁶ Bei der Sozialversicherung hingegen wird das Einnahmesystem nach sozialen Erwägungen, insbesondere der Leistungsfähigkeit, gestaltet (Beispiel: gesetzliche Krankenversicherung).²⁴⁷

Durch die Zahlung der verhältnismäßig geringen Versicherungsprämie werden finanzielle Haftungsrisiken Einzelner auf den Versicherer übertragen.²⁴⁸ Dieser repräsentiert das Kollektiv der Versicherten.²⁴⁹ Das Versicherungswesen dient beiden, dem Schädiger, der nicht mit dem Risiko belastet ist und dem Geschädigten, der einen liquiden Schuldner hat.²⁵⁰

Es gilt das Trennungsprinzip: das Haftungsrecht ist selbstständig.²⁵¹ Der Geschädigte hat grundsätzlich keinen unmittelbaren Anspruch gegen die Versicherung des Schädigers.²⁵² Zuerst muss der Anspruch zwischen den Parteien geklärt werden, erst danach wird entschieden, ob der Schaden von der Versicherung gedeckt wird (§ 100 VVG).²⁵³

Allerdings hat das Versicherungsrecht faktisch häufig Einfluss auf das Haftungsrecht.²⁵⁴

²⁴⁵ Looschelders, VersR 1996, 529 (535).

²⁴⁶ Brügge-meier, Deliktsrecht, S. 55, Rn. 35.

²⁴⁷ Brügge-meier, Deliktsrecht, S. 55, Rn. 35.

²⁴⁸ Wandt, VersicherungsR, S. 2, Rn. 7.

²⁴⁹ Brügge-meier, Haftungsrecht, S. 634.

²⁵⁰ Kötz, sozialer Wandel, S. 27.

²⁵¹ Brügge-meier, Haftungsrecht, S. 11; Brügge-meier, Deliktsrecht, S. 65, Rn. 56; Wandt, VersicherungsR, S. 369, Rn. 1059.

²⁵² Wandt, VersicherungsR, S. 369, Rn. 1059.

²⁵³ Seybold/Wendt, VersR 2009, 455 (461).

²⁵⁴ Brügge-meier, Haftungsrecht, S. 11.

Vor allem in der Rechtsprechung des BGH herrscht die Tendenz zwischen versichertem und nicht versichertem Schädiger zu unterscheiden.²⁵⁵ Daher wird gesagt, dass nunmehr das Haftungsrecht hauptsächlich die Aufgabe habe zu ermitteln, wessen Versicherer zahlen müsse.²⁵⁶ Ob und wenn ja, welche Auswirkungen das Bestehen einer Versicherung haben kann, wird sich später zeigen.

dd. Verhältnis der Auslegungskriterien zueinander

Während nach der objektiven Auslegungsmethode die historische Auslegung in der Rangfolge im Zweifel zurücktritt,²⁵⁷ ist sie nach den strengen Subjektivisten maßgeblichstes aller Auslegungskriterien.²⁵⁸ So allgemein kann eine solche Regel jedoch nicht aufgestellt werden. Im Einzelfall ist es unterschiedlich, ob die historischen Materialien Aufschluss geben oder nicht. Oder ob sich das Werteverständnis der Rechtsgemeinschaft grundlegend verändert hat oder nicht. Es war daher schon früh die Erkenntnis vorhanden, dass eine „einseitige Bevorzugung“ eines der Auslegungskriterien der „Todfeinde wahrer Rechtswissenschaft“ sei.²⁵⁹ Daher kann das Verhältnis der Auslegungsmethoden zueinander nicht streng reglementiert werden. Diese sind im Einzelfall miteinander in Beziehung zu setzen und zu gewichten.²⁶⁰

b. Rechtsfortbildung

Jedoch kann auch der Fall eintreten, dass man entweder mit den vorhandenen Normen den Fall nicht lösen kann. Oder man kann ihn nicht befriedigend lösen, etwa weil ein Widerspruch zur sonstigen Rechtsordnung vorliegt.

In diesem Fall stellt sich die Frage, wie der Rechtsanwender methodisch vorgehen muss. Das BVerfG hat grundsätzlich die Kompetenz zur Rechtsfortbildung oder „schöpferischen Rechtsfindung“²⁶¹ durch den Richter anerkannt.²⁶² Dies sei ausdrücklich in § 137 GVG für die obersten Bundesgerichte normiert.²⁶³ Etwa bei „unzureichenden gesetzlichen Vorgaben“²⁶⁴ oder beim Fehlen gesetzgeberischer Entscheidungen müsse „die Rechtsprechung sachgerechte Lösungen entwickeln“.²⁶⁵

²⁵⁵ Wandt, VersicherungsR, S. 393, 394, Rn. 1130.

²⁵⁶ Kötz, sozialer Wandel, S. 28.

²⁵⁷ BVerfGE 1, 299 (312).

²⁵⁸ Heck, Gesetzesauslegung, § 6, S. 59.

²⁵⁹ Enneccerus, Bürgerliches Recht, Bd I 1, (1921), § 51, S. 117; (1928), § 51, S. 113.

²⁶⁰ Bitter/Rauhut, JuS 2009, 289 (295); Hassemer, ZRP 2007, 213 (217).

²⁶¹ BVerfGE 34, 269 (287).

²⁶² BVerfGE 34, 269 (287 f.); BVerfGE 84, 212 (226 f.); BVerfGE 88, 103 (115); BVerfGE 65, 182 (190 f.); BVerfGE 69, 188 (371 f.).

²⁶³ BVerfGE 34, 269 (288).

²⁶⁴ BVerfGE 84, 212 (226).

²⁶⁵ BVerfGE 88, 103 (116).

Grenzen werden dem gesetzt, indem der Richter eindeutige Entscheidungen des Gesetzgebers nicht verändern dürfe.²⁶⁶ Wichtig für die Akzeptanz und damit die Berechtigung der Rechtsprechung sei es, dass die Rechtsprechung alte Gesetze in einer zeitgemäßen Form anwende.²⁶⁷

An dieser doch recht großzügigen Handhabung der Rechtsfortbildung wird kritisiert, dass der Richter kein Verwerfungsrecht für Normen habe, sondern nur ein Prüfungsrecht, das zu einer Vorlage gem. Art 100 GG führe.²⁶⁸ Es entwickle sich ein „schleichender aber einschneidender Verfassungswandel“, bei dem man sich fragen müsse, ob Deutschland auf dem Weg zu einem „oligarchischen Richterstaat“ sei.²⁶⁹ Hiergegen wird eingewandt, dass Normen statisch formuliert seien, diese gleichwohl in einem sich weiter entwickelnden Leben angewendet werden müssten.²⁷⁰ Der Richter sei an Gesetz und Recht gebunden (Art. 20 III GG), wobei es sich nicht um eine Tautologie handle.²⁷¹ Hierdurch bekenne sich das Grundgesetz zu dem Grundsatz materielle Gerechtigkeit höher zu bewerten als das geschriebene Recht.²⁷² Der Richter habe daher bei seiner Arbeit seine Entscheidung im Zweifel am „überpositiven Recht“ auszurichten.²⁷³ Hiergegen wird eingewandt, dass die Berufung auf überpositives Recht „nicht der Rechtsfindung, sondern der eigenmächtigen Rechtssetzung der Beschwörer“ diene.²⁷⁴ Allerdings sei zu bedenken, dass der Gesetzgeber sich nicht gegen die geübte Praxis der Gerichte stelle; sondern diese kommentarlos hinnehme; woraus eine symbiotische Beziehung zwischen Gesetzgeber und Richter attestiert wird.²⁷⁵ Daher wird die grundsätzliche Notwendigkeit richterlicher Normsetzung auch von der Gegenseite anerkannt.²⁷⁶ Nämlich dann, wenn die kodifizierte Rechtsordnung lückenhaft ist.²⁷⁷ Die Frage ist nun, was genau eine solche Lücke ausmacht.

aa. Lücke

Eine Lücke wird gemeinhin als die unbefriedigende Unvollständigkeit innerhalb eines Ganzen definiert.²⁷⁸ Im juristischen Bereich ist das Ganze das Rechtsganze, die Rechts-

²⁶⁶ BVerfGE 82, 6 (12).

²⁶⁷ BVerfGE 34, 269 (288).

²⁶⁸ Rüthers, ZRP 2008, 48 (49).

²⁶⁹ Rüthers, JZ 2002 365 (365).

²⁷⁰ Hirsch, ZRP 2006, 161 (161).

²⁷¹ Hirsch, JZ 2007, 853 (854).

²⁷² Hirsch, JZ 2007, 853 (854).

²⁷³ Hirsch, ZRP 2006, 161 (161).

²⁷⁴ Rüthers, ZRP 2008, 48 (50).

²⁷⁵ Hirsch, JZ 2007, 853 (856).

²⁷⁶ Rüthers, JZ 2002, 365 (365).

²⁷⁷ Rüthers, JZ 2002, 365 (365); Bitter/Rauhut, JuS 2009, 289 (295).

²⁷⁸ Engisch, Einführung, S. 178; Canaris, Lückenfeststellung, § 3, S. 16; Rüthers/Fischer, Rechtstheorie, § 23 Rn. 832, S. 527.

ordnung.²⁷⁹ Diese können dann auftreten, wenn weder das Gesetz noch das Gewohnheitsrecht eine unmittelbare Antwort auf einen Sachverhalt gibt.²⁸⁰

Um eine Lücke festzustellen bedürfe es zweier Komponenten: zum einen den Fakt der Unvollständigkeit, und zum anderen das Werturteil, dass eigentlich eine Vollständigkeit gegeben sein sollte.²⁸¹ Es solle also darauf ankommen, ob die „immanente Teleologie des Gesetzes“ eine Regelung erfordere oder nicht.²⁸² Schließlich stehe hinter den Normen eine Wertung, die für die Auslegung und Fortbildung des Rechts, demgemäß auch für die Lückenfeststellung, relevant sei.²⁸³ Hierin genau liegt die Gefahr: da die Annahme einer Lücke im Beurteilungsspielraum der Richter liegt, kann der Richter durch auffinden oder erfinden von Lücken in die Kompetenz des Gesetzgebers eingreifen.²⁸⁴ Andererseits können gesetzliche Wertungen nur dort binden, wo sie vorhanden sind.²⁸⁵ Der durch Auslegung ermittelte Wille des Gesetzgebers darf aber nicht missachtet werden.²⁸⁶ Eine Lücke ist nur dann gegeben, wenn die Lücke nicht auf dem „Plan“ des Gesetzgebers beruht, also der Gesetzgeber nicht bewusst schweigt.²⁸⁷ Daher ist die Lückenfeststellung an sich bereits ein wertender Akt.²⁸⁸ Es werden verschiedene Arten von Lücken unterschieden, die auch verschiedentlich gefüllt werden.

[1]. Norm – oder Gesetzeslücke

Eine solche liegt vor, wenn entweder eine Norm oder ein Gesetz unvollständig ist. Einer Norm kann ein notwendiges Tatbestandsmerkmal fehlen.²⁸⁹ Beispielsweise ist in § 904 nicht niedergeschrieben, von wem Schadensersatz verlangt werden kann.²⁹⁰

Eine Gesetzes – oder Rechtslücke hingegen liegt vor, wenn das Gesetz für einen bestimmten Sachverhalt keine Regelung vorsieht.²⁹¹ Das Gesetz schweigt versehentlich,²⁹² weil das Problem vom Gesetzgeber nicht oder nicht vollständig gesehen wurde.²⁹³ Dies

²⁷⁹ Engisch, Einführung, S. 178; Canaris, Lückenfeststellung, § 29, S. 39.

²⁸⁰ Engisch, Einführung, S. 181; Canaris, Lückenfeststellung, § 18, S. 30.

²⁸¹ Canaris, Lückenfeststellung, § 3, S. 16.

²⁸² Canaris, Lückenfeststellung, § 22, S. 34.

²⁸³ Canaris, Lückenfeststellung, § 48, S. 56.

²⁸⁴ Rütters/Fischer, Rechtstheorie, § 23 Rn. 822, S. 516.

²⁸⁵ Rütters/Fischer, Rechtstheorie, § 23 Rn. 822, S. 516.

²⁸⁶ Engisch, FS-Sauer, 85 (93).

²⁸⁷ Engisch, Einführung, S. 182.

²⁸⁸ Engisch, FS-Sauer, 85 (90); Herzberg, NJW 1990, 2525 (2527).

²⁸⁹ Pawlowski, Methodenlehre, § 11 2, Rn. 464; Rütters/Fischer, Rechtstheorie, § 23 Rn. 843, S. 532; Canaris, Lückenfeststellung, § 51, S. 60.

²⁹⁰ Pawlowski, Methodenlehre, § 11 2, Rn. 464.

²⁹¹ Pawlowski, Methodenlehre, § 11 2, Rn. 472; Rütters/Fischer, Rechtstheorie, § 23 Rn. 844, S. 532; Lautmann, Freie Rechtsfinden, S. 94; Enneccerus, Bürgerliches Recht, Bd I 1, (1921), § 53, S. 119; (1928), § 53, S. 116.

²⁹² Lautmann, Freie Rechtsfinden, S. 96.

²⁹³ Coing, Methodenlehre, S. 52.

kann bewusst oder unbewusst geschehen sein.²⁹⁴ Eine solche Lücke kann auch nachträglich durch eine Veränderung der tatsächlichen Lage eintreten.²⁹⁵

[2]. *Kollisionslücken und Ausnahmelücken*

Eine Kollisionslücke, auch Regelung – oder Wertungslücke bezeichnet, besteht, wenn die Anwendung der Norm einem anderen Rechtssatz widerspricht.²⁹⁶

Ursprünglich wurde davon ausgegangen, dass sich die widersprüchlichen Normen gegenseitig aufheben.²⁹⁷ Inzwischen überwiegt die Ansicht, dass kein „freier Raum“ sondern ein „doppelt besetzter Raum“ vorliegt.²⁹⁸ Es muss daher zunächst nach Kollisionsregelung untersucht werden, ob eine der Normen den Vorrang hat.²⁹⁹ Wenn dies kein Ergebnis bringt, liegt eine Kollisionslücke vor.

Eine Ausnahmelücke liegt vor, wenn dem Gesetz eine geschriebene Ausnahme fehlt, die nach der Wertung des Gesetzes eigentlich vorhanden sein müsste.³⁰⁰ Dies ist dann der Fall, wenn eine Norm mehr Fälle erfasst, als sie tatsächlich nach ihrem Zweck her erfassen sollte.³⁰¹

Zwar ist es dem Rechtsanwender hierdurch nicht unmöglich, die Norm anzuwenden; jedoch widerspricht ein Wertungswiderspruch dem Gleichheitsgrundsatz, an den der Gesetzgeber jedoch gebunden ist.³⁰² Einmal kollidieren die hinter den Normen stehenden Wertungen und das andere Mal ist das Finden der Lücke selbst ein wertungsmäßiger Akt. Diese Grundgedanken des Gesetzes hat der Rechtsanwender jedoch selbst durch Auslegung ermittelt. Daher sind diese Formen der Lücken diejenigen, bei der der Rechtsanwender am stärksten darauf achten muss, nicht seine eigenen Wertungen einfließen zu lassen, sondern die durch den Gesetzgeber vorgegebenen Wertungen der Rechtsordnung zu beachten. Eine Lückenfüllung kann nämlich nicht in der Berichtigung von aus der Sicht des Rechtsanwenders „fehlerhaften“ Rechts bestehen,³⁰³ also wenn es eigenen Wertvorstellungen widerspricht. Eine solcher Widerspruch zu eigenen Wertungen kann nur ausnahmsweise aufgrund der „Radebruch'schen Formel“³⁰⁴ relevant sein, nach der eine Norm nur dann nicht angewendet werden darf, wenn ihr Widerspruch zur Gerechtigkeit ein „unerträgliches Maß“ erreicht und den Gleichheitssatz ver-

²⁹⁴ Rüthers/Fischer, Rechtstheorie, § 23 Rn. 851, 852, S. 534.

²⁹⁵ Enneccerus, Bürgerliches Recht, Bd I 1, (1921), § 53, S. 119; (1928), § 53, S. 116.

²⁹⁶ Pawlowski, Methodenlehre, § 11 2, Rn. 467; Rüthers/Fischer, Rechtstheorie, § 23 Rn. 845, S. 532.

²⁹⁷ Enneccerus, Bürgerliches Recht, Bd I 1, (1921), § 51, S. 116; (1928), § 51, S. 113.

²⁹⁸ Seit: Sauer, Methodenlehre § 34 a, S. 282.

²⁹⁹ Canaris, Lückenfeststellung, § 58, S. 65; Engisch, Einführung, S. 213.

³⁰⁰ Rüthers/Fischer, Rechtstheorie, § 23 Rn. 848, S. 533.

³⁰¹ Wank, Auslegung, § 11 III 3, S. 89; Zippelius, Methodenlehre, § 11 III b, S. 69.

³⁰² Neuner, Rechtsfindung, S. 148.

³⁰³ Engisch, Einführung, S. 209.

³⁰⁴ Radbruch, „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht“ in: Radbruch, Rechtsphilosophie (2003), Anhang 3, S. 216.

leugnet.³⁰⁵ Dies hat sich auch das BVerfG zu Eigen gemacht.³⁰⁶ Bei einem solchen eklatanten Verstoß gegen die „Gerechtigkeit“ wird jedoch immer ein Verstoß gegen unser gegenwärtiges Grundgesetz vorliegen, so dass eine Normenkontrolle gem. Art. 100 GG der Weg aus dieser Misere wäre.

Ferner gibt es zahlreiche andere Methoden, Lücken zu systematisieren: primäre und sekundäre, ursprünglich und nachträgliche Lücken, etc. Einen Überblick mit Kritik hieran gibt Canaris.³⁰⁷

bb. Lückenschließung

Wenn man eine planwidrige Lücke festgestellt hat, stellt sich die Frage, ob und wie diese Lücke geschlossen werden kann. Grundsätzlich ist es Aufgabe des Richters eine gesetzliche Lücke zu schließen, um einen Fall zu entscheiden.³⁰⁸

Das Rechtsverweigerungsverbot bewirkt, dass der Richter die Pflicht hat, rechtliche Zweifel bei der Gesetzesauslegung zu klären, das unklare Gesetz in seiner Bedeutung zu erhellen, rechtliche (nicht rechtspolitische) Gesetzesfehler zu berichtigen und die lückenhafte Norm zu ergänzen.³⁰⁹ Zwar ist ein „Rechtsverweigerungsverbot“ nicht wie in anderen Rechtsordnungen positivrechtlich kodifiziert;³¹⁰ jedoch ist dieses auch in Deutschland als Kehrseite des Geltungsanspruches von Normen allgemein anerkannt.³¹¹ Zwar wird in unserer kontinentaleuropäischen Rechtsordnung der Richter durch die Kodifikation gebunden,³¹² jedoch kann dies nur dort der Fall sein, wo das Gesetz auch Wertungen vorgibt,³¹³ weil in der Praxis die Kodifikation nicht jegliche Fallvariante determinieren kann.³¹⁴

[1]. Analogie

Eine Analogie ist die Anwendung einer Rechtsnorm mit anderen Tatbestandsvoraussetzungen auf einen ähnlichen, ungeregelten Sachverhalt.³¹⁵ Diese Übertragung erfolgt deshalb, weil der Rechtsanwender der Ansicht ist, dass die Sachverhalte, die jeweils unter die

³⁰⁵ Dreier/Paulson, in: Radbruch, Rechtsphilosophie (2003), S. 248.

³⁰⁶ BVerfGE 3, 225 (232 f.).

³⁰⁷ Canaris, Lückenfeststellung, § 129, S. 138.

³⁰⁸ Dies wird aus den §§ 511 IV, 543 ZPO, § 132 IV GVG geschlossen: dort ist jeweils von einer „Fortbildung des Rechts“ die Rede.

³⁰⁹ Schumann, ZZP 81 (1968), S. 79 (80).

³¹⁰ Schumann, ZZP 81 (1968), S. 79 (80).

³¹¹ Engisch, Einführung, S. 208; Canaris, Lückenfeststellung, § 47, S. 55, Fn. 1; Rütters/Fischer, Rechtstheorie, § 23 Rn. 823, S. 517.

³¹² Hassemer, Kaufmann/Hassemer/Neumann, Rechtstheorie, C 5.2, S. 251; der auch die gesetzlichen Grundlagen nennt: § 1 GVG; Art 97 I GG; Art 20 III GG.

³¹³ Rütters/Fischer, Rechtstheorie, § 22 Rn. 723, S. 451.

³¹⁴ Hassemer, Kaufmann/Hassemer/Neumann, Rechtstheorie, C 5.2.2, S. 253.

³¹⁵ Enneccerus, Bürgerliches Recht, Bd I 1, (1921), § 53, S. 120; (1928), § 53, S. 116; Rütters/Fischer, Rechtstheorie, § 23 Rn. 889, S. 553; Pawlowski, Methodenlehre, § 11 3, Rn. 481; Bitter/Rauhut, JuS 2009, 289 (297).

Regelung bzw. die Lücke fallen, einander so ähnlich sind, dass der Gesetzgeber diese Regelung auch für den Sachverhalt vorsehen würde, der unter die Lücke fällt.³¹⁶

Das BVerfGE sieht diese Methode der Lückenfüllung als verfassungsgemäß an, da eine Lückenschließung Aufgabe des Richters sei.³¹⁷ Schranken bestünden dort, wo der Gesetzgeber eine eindeutige Entscheidung getroffen habe.³¹⁸

Auch die Gesetzgebungsgeschichte des BGB spreche für die Zulässigkeit der Analogie; zunächst war eine Vorschrift, die eine Analogie für zulässig erklärte, aufgenommen worden, welche aber aufgrund ihrer Selbstverständlichkeit und der Schwierigkeit der genau verbalen Ausdrucksweise wieder gestrichen wurde.³¹⁹

Die Analogie kann in Form der Gesamt – oder Rechtsanalogie auftreten als Analogieschluss aus mehreren Vorschriften.³²⁰ Oder als Einzel – oder Gesetzesanalogie, bei der eine einzige Vorschrift zur Beurteilung herangezogen wird.³²¹ Inhaltlich kann entweder ein induktiver Schluss (vom Besonderen auf das Allgemeine) oder ein deduktiver Schluss (vom Allgemeinen auf das Besondere) erfolgen.³²² Auch möglich ist der Rückschluss vom Besonderen auf das Besondere.³²³ Allen Arten ist jedoch gleich, dass ein gemeinsamer allgemeiner Gedanke abstrahiert werden muss,³²⁴ was ein wertender Akt ist.³²⁵

Analogiefähig ist grundsätzlich jeder Rechtssatz,³²⁶ der einen verallgemeinerungsfähigen Rechtsgedanken enthält;³²⁷ auch dass Ausnahmen grundsätzlich nicht analog angewendet werden können, kann nicht pauschal behauptet werden.³²⁸ Es darf nur die Ausnahme durch analoge Ausdehnung nicht zur Regel gemacht werden.³²⁹

Gegenstück hierzu ist der Umkehrschluss. Bei einem Umkehrschluss wird aus der Reglementierung für einen bestimmten Fall geschlossen, dass gerade ein anderer Fall nicht hierunter fallen soll.³³⁰ Daraus, dass ein Tatbestand mit einer Rechtsfolge versehen wird, wird geschlossen, dass diese Rechtsfolge nicht für den vorliegenden, gegensätzlichen

³¹⁶ Rütters/Fischer, Rechtstheorie, § 23 Rn. 889, S. 553.

³¹⁷ BVerfGE 82, 6 (11).

³¹⁸ BVerfGE 82, 6 (12).

³¹⁹ Enneccerus, Bürgerliches Recht, Bd I 1, (1921), § 53, S. 121; (1928), § 53, S. 118, Fn. 18.

³²⁰ Enneccerus, Bürgerliches Recht, Bd I 1, (1921), § 53, S. 120; (1928), § 53, S. 117; Rütters/Fischer, Rechtstheorie, § 23 Rn. 892, S. 554; Vogel, juristische Methodik, § 8 III 2a S. 134. Wank, Auslegung, § 11 III 1b, S. 87.

³²¹ Wank, Auslegung, § 11 III 1a, S. 85; Rütters/Fischer, Rechtstheorie, § 23 Rn. 891, S. 554.

³²² Engisch, Einführung, S. 188.

³²³ Engisch, Einführung, S. 188.

³²⁴ Engisch, Einführung, S. 189.

³²⁵ Rütters/Fischer, Rechtstheorie, § 23 Rn. 889, S. 553; Engisch, Einführung, S. 190.

³²⁶ Engisch, Einführung, S. 193.

³²⁷ Bitter/Rauhut, JuS 2009, 289 (298).

³²⁸ Engisch, Einführung, S. 196; Canaris, Lückenfeststellung, § 731, S. 181.

³²⁹ Canaris, Lückenfeststellung, § 731, S. 181.

³³⁰ Wank, Auslegung, § 11 III, S. 89.

Tatbestand gelten kann.³³¹ Es wird angenommen, dass das Gesetz bewusst für den nicht geregelten Fall schweige und ihn nicht entsprechend regeln möchte.³³²

Formallogisch können in vielen Fällen beide Methoden angewendet werden, obwohl sie ein gegensätzliches Ergebnis erzeugen. Daher ist bei der Anwendung einer dieser Methoden immer auch der Gesetzeszweck zu berücksichtigen. „Die Logik muss sich mit der Teleologik verbinden“.³³³

[2]. Teleologische Reduktion

Durch die teleologische Reduktion wird ein vom Wortlaut erfasster Fall aus dem Anwendungsbereich der Norm herausgenommen, weil er kein entsprechendes Regelungsbedürfnis auslöst.³³⁴ Das Gesetz wird also um ungeschriebene Ausnahmen ergänzt.³³⁵ Der Textsinn wird nach dem erkennbaren Normzweck eingeschränkt.³³⁶ Diese Einschränkung wird aus dem System der Wertungen entnommen, ergibt sich daher immer nur aus der Zusammenschau mit der Systematik des Gesetzes.³³⁷ Hierin besteht allerdings keine Berichtigung des Normzweckes, sondern es erfolgt nur eine Berichtigung des Wortlautes aufgrund des Normzweckes.³³⁸ Dies wird auch durch das BVerfG anerkannt.³³⁹

Gegenstück hierzu ist die teleologische Extension; diese ist gegeben, wenn der Anwendungsbereich einer Norm entgegen ihrem Zweck zu eng gefasst ist.³⁴⁰

Bei der teleologischen Reduktion oder Extension ist darauf zu achten, dass nicht eigene Interessen zur Geltung gebracht werden, sondern die durch den Gesetzgeber vorgegebenen.³⁴¹

Somit sind Analogie und teleologische Reduktion spiegelbildliche Methoden;³⁴² die Analogie ergänzt, die teleologische Reduktion verkürzt. Allerdings sind unterschiedliche Ausgangssituationen gegeben: bei der teleologischen Reduktion ist eine gesetzgeberische Wertung vorhanden, aber nicht umgesetzt. Bei der Analogie hingegen ist keine gesetzgeberische Wertung für den konkreten Sachverhalt vorhanden.

³³¹ Vogel, juristische Methodik, § 8 I 4 b, S. 121; Larenz, Methodenlehre, S. 376.

³³² Rütters/Fischer, Rechtstheorie, § 23 Rn. 899, S. 558.

³³³ Engisch, Einführung, S. 192.

³³⁴ Bitter/Rauhut, JuS 2009, 289 (294).

³³⁵ Enneccerus, Bürgerliches Recht, Bd I 1, (1921), § 54, S. 125; (1928), § 54, S. 122; Vogel, juristische Methodik, § 8 III 2a S. 134.

³³⁶ Rütters/Fischer, Rechtstheorie, § 23 Rn. 903, S. 559.

³³⁷ Pawlowski, Methodenlehre, § 11 4, Rn. 491.

³³⁸ Rütters/Fischer, Rechtstheorie, § 23 Rn. 903, S. 559.

³³⁹ BVerfGE 88, 145 (167).

³⁴⁰ Rütters/Fischer, Rechtstheorie, § 23 Rn. 904, S. 560; Bitter/Rauhut, JuS 2009, 289 (295).

³⁴¹ Ähnlich Herzberg, NJW 1990, 2525 (2527).

³⁴² Vogel, juristische Methodik, § 8 III 2a S. 134.

[3]. *Allgemeiner Rechtsgrundsatz*

Im dritten Teil der Arbeit wird untersucht werden, ob die über das BGB verteilten Haftungsmilderungen einen allgemeinen Rechtsgrundsatz darstellen. Hierbei kann zwischen geschriebenen und ungeschriebenen unterschieden werden: geschriebene Rechtsgrundsätze sind Rechtsvorschriften mit rechtsgrundsätzlichem Inhalt, die aber auf Tatbestands – oder Rechtsfolgenseite in hohem Maße unbestimmt sind.³⁴³ Ein ungeschriebener Rechtsgrundsatz beruht auf der Interpretation des Rechts als eines Sinnnganzen.³⁴⁴ Schließlich erschöpfe sich die Rechtsordnung nicht in ihren einzelnen Normen; dies ergäbe miteinander eine grundlegende Wertung.³⁴⁵ So sieht dies auch das BVerfG: „das Recht ist nicht mit der Gesamtheit der geschriebenen Gesetze identisch[...]; unter Umständen [kann] ein Mehr an Recht bestehen, das seine Quelle in der verfassungsmäßigen Rechtsordnung als einem Sinnnganzen besitzt und dem geschriebenen Gesetz gegenüber als Korrektiv zu wirken vermag; es zu finden und in Entscheidungen zu verwirklichen ist Aufgabe der Rechtsprechung.“³⁴⁶

Ein solcher Rechtsgrundsatz, oder ein Rechtsprinzip steht hierbei im Gegensatz zur Regel; letztere entfaltet immer dann ihre Rechtsfolge, wenn ihre Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen.³⁴⁷ Im Falle des Konfliktes von Regeln ist eine von beiden ungültig.³⁴⁸ Ein Prinzip hingegen legt eine Entscheidung nicht zwingend fest; bei einem Konflikt zwischen Prinzipien kann ein anderes Prinzip vorgehen.³⁴⁹ Dennoch ist der Vorrang eines Prinzips im Konfliktfall nicht durch ein feststehendes Verfahren ermittelbar; andernfalls würde das Prinzip zur Regel.³⁵⁰ Daher hat ein Prinzip keinen Normcharakter, sondern enthält vielmehr eine „Tendenzaussage“.³⁵¹ Während eine Regel ein reales Sollen beschreibt, beschäftigt sich das Prinzip mit einem Optimierungsgebot, dem idealen Sollen.³⁵² Allgemeine Rechtsprinzipien sind daher Optimierungsgebote, deren Gegenstand sowohl individuelle Rechte als auch kollektive Güter sein können.³⁵³ Die Prinzipien sind nicht ausdrücklich im Gesetz ausformuliert; sie ergeben sich vielmehr aus der Zusammenschau des Gesetzes.³⁵⁴

Das Mittel zur Auffindung eines solchen allgemeinen Rechtsgrundsatzes ist die Induktion (der Schluss vom Besondern auf das Allgemeine); die Gewinnung eines gemein-

³⁴³ Vogel, juristische Methodik, § 5 III 1a S. 77.

³⁴⁴ Vogel, juristische Methodik, § 5 III 1b S. 77.

³⁴⁵ Canaris, Lückenfeststellung, § 89, S. 97.

³⁴⁶ BVerfGE 34, 269 (287).

³⁴⁷ Alexy, in: Krawietz/Opalek/Peczenik/Schramm, S. 59 (63).

³⁴⁸ Alexy, in: Krawietz/Opalek/Peczenik/Schramm, S. 59 (64).

³⁴⁹ Alexy, in: Krawietz/Opalek/Peczenik/Schramm, S. 59 (64).

³⁵⁰ Alexy, in: Krawietz/Opalek/Peczenik/Schramm, S. 59 (83).

³⁵¹ Canaris, JZ 1993, 377 (383).

³⁵² Alexy, in: Krawietz/Opalek/Peczenik/Schramm, S. 59 (81).

³⁵³ Eidenmüller, Effizienz, S. 463.

³⁵⁴ Esser, Grundsatz und Norm, S. 147.

samen Grundgedanken aus mehreren gesetzlichen Vorschriften.³⁵⁵ Ein solcher Rechtsgrundsatz kommt beim Bestehen einer Lücke auch zur Lückenschließung in Frage.

[4]. Richterrecht / richterliche Rechtsfortbildung

Auch sogenanntes „Richterrecht“ oder „richterliche Rechtsfortbildung“ könnte in Frage kommen, wenn eine Lücke geschlossen werden muss.

Was genau sich allerdings hinter diesen Begriffen verbirgt, wird nicht einheitlich verstanden. Jedenfalls ist diese Tätigkeit der Richter wohl nicht mehr als Auslegung anzusehen, sondern als Anpassung und Umdeutung von veralteten oder lückenhaften Gesetzen.³⁵⁶ In diesem Moment wendet die Rechtsprechung nicht vorgegebenes Gesetzesrecht an, sondern löst einen Fall aufgrund eigener wertender Entscheidung.

Rechtsfortbildung kann als die Fortbildung der jeweiligen gesetzgeberischen Interessenbewertung verstanden werden,³⁵⁷ wobei Gegenstand dieser Fortbildung üblicherweise das Gesetzesrecht ist.³⁵⁸ Dass dies Aufgabe der Rechtsprechung ist, weil keine Kodifikation lückenlos sein kann, wird mittlerweile konsensual angenommen.³⁵⁹

Wann jedoch genau richterliche Rechtsfortbildung erlaubt ist und wie in einem solchen Fall vorgegangen werden muss, ist höchst umstritten.

[a]. Wann?

Die richterliche Rechtsfortbildung kommt dann in Betracht, wenn Gesetze entweder veraltet sind oder eine Lücke geschlossen werden muss. Der Begriff der Lücke wurde bereits oben erörtert. Das Veralten von Gesetzen kommt insbesondere bei technischen, wirtschaftlichen oder sozialen Neuerungen in Betracht.³⁶⁰

Nach dem BVerfG ist die Fortentwicklung des Rechts durch die Rechtsprechung durch den stetigen und schnellen Wandel der Verhältnisse notwendig.³⁶¹ Gerade beim BGB als einem älteren Gesetz müsse die vernünftige Funktion, die eine Norm zum Zeitpunkt ihrer Anwendung haben könne, berücksichtigt werden.³⁶² Dies wird sogar so interpretiert, dass das BVerfG den Wandel unseres Rechtssystems auf das eines Systems des „case-law“ hin akzeptiert habe.³⁶³ In der Tat scheinen manche die Änderung von Wertvorstellungen als relevante Veraltung zu sehen³⁶⁴ bzw. nicht einmal eine Veraltung für unbedingt notwendig zu erachten, solange sich der Richter bei seinem Spruch grundsätzlich

³⁵⁵ Canaris, Lückenfeststellung, § 90, S. 97, 98.

³⁵⁶ Rütters, JZ 2006, 53 (59); Franzen, Privatrechtsangleichung S. 575.

³⁵⁷ Fischer, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen, S. 115.

³⁵⁸ Fischer, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen, S. 118.

³⁵⁹ Fischer, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen, S. 132.

³⁶⁰ Foerste, JZ 2007, 122 (125).

³⁶¹ BVerfGE 96, 375 (394).

³⁶² BVerfGE 34, 269 (288).

³⁶³ Kübler, JZ 1973, 667 (667).

³⁶⁴ Hirsch, JZ 2007, 853 (855).

auf die positive Systematik stütze.³⁶⁵ Wie auch immer das Gesetz beschaffen sei; der Jurist werde ohnehin stets eine Fundstelle für den von ihm gewünschten Rechtsgedanken finden.³⁶⁶ Nach dieser resignativen Ansicht kommt dem Gesetz eine unterstützende Funktion zu, keineswegs jedoch eine zentrale. Hiernach sind Interpretation und Rechtsfortbildung ein und dasselbe.³⁶⁷ Allerdings kann eine solche Vorstellung nicht befürwortet werden und ist vom BVerfG sicherlich so auch nicht angedacht. Der Richter ist an das Gesetz gebunden, das Gesetz ist nicht ein bloßer unverbindlicher Leitfaden. Schließlich sind grundsätzliche, wertende Entscheidungen vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber zu treffen, nicht von der hiervon unterschiedlichen Gewalt der Judikative. Diese grundsätzlich wertenden Entscheidungen schließen auch aus, dass ein Rechtsanwender bei bloßer Änderung von Wertvorstellungen das Gesetz missachten darf. Um Transparenz zu schaffen und den Rechtsschutz zu erleichtern, wird insbesondere von den Autoren, die der objektiven Theorie kritisch gegenüber stehen, gefordert, dass die Rechtsfortbildung jedenfalls klar offen gelegt werden muss.³⁶⁸ Diese kommt nach dem gesagten aber nur für die Lückenschließung und die Veraltung aufgrund technischer, sozialer oder wirtschaftlicher Gegebenheiten in Frage.

[b]. Wie?

Nach dem Bundesverfassungsrecht solle Lückenschließung durch den Richter „nach den Maßstäben der praktischen Vernunft und den fundierten allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft“ geschehen.³⁶⁹ Die Funktion des BVerfG beschränke sich auf die Gewährleistung der Beachtung von spezifischem Verfassungsrecht.³⁷⁰ Einen abstrakt generellen Lösungsansatz für das Vorgehen eines Richters gibt es indes nicht. Eine Aussage wird von den Befürwortern der ökonomischen Analyse des Rechts gemacht: wenn verschiedene Entscheidungen möglich seien, müsse sich das Gericht Gedanken wie ein Gesetzgeber machen und eine Folgenbewertung vornehmen.³⁷¹ Hierbei seien nicht nur die Folgen des konkreten Streitfalles miteinzubeziehen, sondern vielmehr eine umfassende, abstrakt taugliche Lösung zu finden, da sich die Gerichtsentscheidungen auf das Verhalten der Rechtsgemeinschaft auswirken.³⁷² Wenn keine Norm vorhanden ist, ist eine Folgenbewertung ein guter Ansatz; allerdings wird hiermit noch nicht gesagt, wie die Folgen bewertet werden müssen. Alleine ökonomische Aspekte jedenfalls passen nicht auf jeden Sachverhalt und sind daher nicht generell tauglich. Eine Idee ist, die „Rechtsüberlieferung im weitesten Sinne“ als Quelle für Wertungen anzunehmen.³⁷³ Für diese Ansicht spricht, dass Sachverhalte gleich behandelt werden und daher dem Gleich-

³⁶⁵ Esser, Grundsatz und Norm, S. 243.

³⁶⁶ Esser, Grundsatz und Norm, S. 246.

³⁶⁷ Esser, Grundsatz und Norm, S. 253.

³⁶⁸ Rüthers/Fischer, Rechtstheorie, § 22 Rn. 724, S. 452; Foerste, JZ 2007, 122 (132).

³⁶⁹ BVerfGE 34, 269 (287).

³⁷⁰ BVerfGE 96, 375 (394).

³⁷¹ Schäfer/Ott, ökonomische Analyse, S. 16.

³⁷² Schäfer/Ott, ökonomische Analyse, S. 16.

³⁷³ Bucher ZEuP 2000, 394 (457).

heitsgrundsatz genüge getan wird. Dies funktioniert allerdings nur dann, wenn ein ähnlich gelagertes Problem bereits bekannt ist. Auch die „offenkundigen Wertanschauungen und Wertentscheidungen des historischen Gesetzgebers“ sollen Beachtung finden.³⁷⁴ Hierzu muss der Gesetzgeber aber eine Wertentscheidung getroffen haben, was gerade im Lückenbereich oft nicht der Fall ist. Fraglich muss also allgemein sein, auf welche Quellen Wertungen des Rechtsanwenders gestützt werden können. Bestenfalls kommen eigene Wertungen des Gesetzgebers in Frage. Wenn es um die Schließung einer Lücke geht, kommen Analogie, teleologische Reduktion und allgemeine Rechtsgedanken als Instrumente in Betracht. Zur Abhilfe stehe dem Richter das positive Recht zur Verfügung, dem indes neue Gedanken hinzugefügt werden könnten.³⁷⁵ Schließlich könne aufgrund des verschiedenen Alters nebeneinander gültiger Gesetze nicht davon ausgegangen werden, dass diese alle „denselben Geist atmen“; vielmehr müsse der Rechtsanwender eine Einheit herstellen.³⁷⁶ Deshalb den Richter als Ersatzgesetzgeber³⁷⁷ zu bezeichnen, erscheint dann doch gewagt, obwohl dies praktisch manches Mal der Fall sein wird. Da jedoch Gesetze alleine schon aufgrund ihrer unterschiedlichen Erlasszeiträume praktisch keine geschlossene Werteordnung darstellen, kann es Fälle geben, in denen nur eine verfassungskonforme Abwägung zu einem Ergebnis führt. Es sollten daher wenn möglich gesetzgeberische Wertungen übernommen werden um den Fall zu lösen. Wenn dieser Weg nicht gangbar ist, muss in verfassungskonformer Weise eine Lösung gefunden werden.

Das BVerfG jedenfalls prüft bei der richterlichen Rechtsfortbildung nur die spezifische Verletzung von Verfassungsrecht,³⁷⁸ die hauptsächlich in einer Willkürkontrolle besteht.³⁷⁹

[c]. Auswirkung / Bindungswirkung?

Fraglich bleibt nun, was für Auswirkungen eine solche richterliche Entscheidung hat, insbesondere, ob eine Bindungswirkung gegeben sein kann.

Da die Aufgabe der Gerichte auch die Wahrung der Rechtseinheit sei, müsse die Entscheidung höherer Instanzen im Falle der Rechtsfortbildung bindend sein.³⁸⁰ Allerdings gibt es keine Norm, die etwas Derartiges anordnen würde.³⁸¹ Dennoch wird Gerichtsurteilen eine „freie Autorität“ zuerkannt,³⁸² da eine Stabilität und eine Einheitlichkeit der Rechtsprechung Voraussetzungen eines Rechtsstaates seien. Rechtsprechung wird als Rechtsquelle im weiteren Sinne bezeichnet, da die Vorbildwirkung einer Entscheidung

³⁷⁴ Bucher ZEuP 2000, 394 (540).

³⁷⁵ Wank, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, § 10, S. 74, 75.

³⁷⁶ Wank, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, § 10, S. 75.

³⁷⁷ Wank, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, § 17, S. 117.

³⁷⁸ BVerfGE 34,269 (287).

³⁷⁹ Wank, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, § 13, S. 84.

³⁸⁰ Wank, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, § 17, S. 115.

³⁸¹ Reh binder, JuS 1991, 542 (542).

³⁸² Reh binder, JuS 1991, 542 (542).

aufgrund des Gebotes der Rechtsgleichheit und des Vertrauensschutzes gegeben sein müsse.³⁸³ Wenn dann eine bestimmte Rechtsprechung zum Gewohnheitsrecht werde, sei sie bindend wie positives Recht.³⁸⁴ Fraglich ist also, wann Gewohnheitsrecht als solches anerkannt wird. Dies soll dann der Fall sein, wenn eine Rechtsprechung allgemein anerkannt wird.³⁸⁵ So auch das BAG, das auf ein Übergehen in das allgemeine Rechtsbewusstsein abstellt.³⁸⁶

c. Zusammenfassung

Die Auslegung erfolgt nach der eher subjektiven Theorie, weil bei der rein objektiven Theorie die Gefahr besteht, dass eigene Wertungen des Interpreten die Wertungen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ersetzen und somit ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung vorliegt. Die Auslegung besteht aus den vier Auslegungscanones, dem Wortlaut, der historischen (bestehend aus historischer und genetischer Auslegung), der Systematik und des Telos. Das Telos einer Norm wird durch die anderen drei Auslegungsmethoden ermittelt. Nur wenn ein Tatbestandsmerkmal ausgelegt wird, kann der vorher ermittelte Zelos bei der Auslegung relevant sein. Eine besondere Rolle können eigene Topoi des Schadensersatzrechtes haben. Insbesondere die ökonomische Analyse des Rechts und möglicherweise das Versicherungsrecht können bei der Auslegung eine Rolle spielen. Es gibt zwar im Zivilrecht und im Schadensersatzrecht kein allgemeines Rechtsprinzip, das die ökonomische Ausgestaltung der Normen nahe legt. Allerdings können in einzelnen Normen durchaus ökonomische Aspekte eine Rolle spielen. Diese Gedanken müssen aufgrund der Gesetzesbindung bei der Interpretation der Normen einfließen.

Eine feste Regel des Verhältnisses der Auslegungskriterien zueinander gibt es nicht.

Wenn eine Lücke vorliegt, so kann ein Fall nicht oder nicht im Einklang mit der sonstigen Rechtsordnung anhand der gegebenen Normen und deren Auslegung gelöst werden. Es gibt zum einen Norm – oder Gesetzeslücken, wo das Gesetz unvollständig ist oder Kollisions – und Ausnahmelücken, wo ein Widerspruch zur sonstigen Rechtsordnung gegeben ist. Die Schließung dieser Lücken ist die Aufgabe der Rechtsprechung. Mittel der Lückenschließung können die Analogie oder die teleologische Reduktion sein. Ebenso mit einem allgemeinen Rechtsgrundsatz kann eine Lücke geschlossen werden. Der allgemeine Rechtsgrundsatz wird aus verallgemeinerungsfähigen Vorschriften mit einem gemeinsamen Grundgedanken hergeleitet.

Da die Lückenschließung durch die Rechtsprechung erfolgt, kann auch richterliche Rechtsfortbildung ein Mittel zur Schließung der Lücke sein. Wenn kein allgemeiner Rechtsgedanke oder keine analogiefähige Norm bestehen, muss sich der Richter auf seine Vernunft verlassen; hierbei prüft das BVerfG nur die spezifische Verletzung des

³⁸³ Habscheid, JR 1999, S. 98 (98).

³⁸⁴ Reh binder, JuS 1991, 542 (543); Vogel, juristische Methodik, § 6 I 2a S. 84.

³⁸⁵ Reh binder, JuS 1991, 542 (543).

³⁸⁶ BAG JZ 1980, 482 (483).

Grundgesetzes. Wenn eine gefestigte Rechtsprechung zu einer Fallkonstellation herrscht, so ist zwar keine explizite Bindungswirkung gegeben; allerdings setzt der Rechtsstaat eine Einheitlichkeit der Rechtsordnung im Sinne einer stabilen und stringenten Rechtsprechung voraus, so dass eine faktische Bindungswirkung gegeben ist. Sobald sich eine ständige Rechtsprechung zu Gewohnheitsrecht entwickelt hat, ist sie allerdings bindend wie positives Recht.

III. HAFTUNG FÜR VORSATZ UND GROBE FAHRLÄSSIGKEIT

Um die Haftungserleichterungen auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu beleuchten, soll zunächst geklärt werden, was unter diesen Verschuldensformen zu verstehen ist. Im Anschluss werden die einzelnen Normen untersucht. Hierbei wird zunächst der jeweils hinter der Vorschrift stehende Sinn und Zweck ermittelt. Im Anschluss daran wird die Anwendbarkeit der jeweiligen Haftungsbegrenzung in streitigen Fällen unter Einbeziehung von Sinn und Zweck erörtert. Die Anwendbarkeit auf das Deliktsrecht wird für alle Vorschriften gemeinsam besprochen. Ganz am Schluss wird untersucht, ob und wenn ja welche gemeinsamen abstahierbaren Grundgedanken hinter den jeweiligen Normen stehen.

Im Gesetz gibt es keine Begriffsbestimmung des Vorsatzes; dieser wird jedoch allgemein hin als wissentliches und willentliches Handeln verstanden.³⁸⁷ Die grobe Fahrlässigkeit ist im Gegensatz zur einfachen nicht im BGB definiert; es findet sich aber eine Definition in § 45 II 3 SGB X. Nach dieser liegt grobe Fahrlässigkeit vor, wenn der Begünstigte die erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt hat. Auch die Rechtsprechung zielte schon vor dieser Legaldefinition mit verschiedenen Formulierungen auf einen besonders schweren Verstoß gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ab.³⁸⁸ Hinzukommen muss eine subjektive Komponente, welche im Einzelfall festgestellt werden soll.³⁸⁹ Im Schadensrecht (§§ 249 – 255) besteht keine Abstufung der Schadensersatzhaftung nach Schwere der Schuld; dennoch hat der Verschuldensgrad als Grund für die Haftung maßgeblichen Einfluss auf die Schadensersatzschuld.³⁹⁰ Wenn durch die Normen des Haftungsrechtes nämlich ein Sachverhalt als anspruchsbegründend ausgeschlossen ist – etwa das Vorliegen einer nur leichten Fahrlässigkeit – dann folgt in diesem Fall kein Schadensersatzanspruch nach dem Schadensrecht.

1. Einzelne Anwendungsfälle

a. § 300

Gem. § 300 I hat der Schuldner während des Verzuges des Gläubigers nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten. Der Verzug tritt gem. § 293 dann ein, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht angenommen hat. Die Vorschriften des Verzuges als Teil des allgemeinen Schuldrechtes gelten für alle Verträge des besonderen Schuldrechtes.

Die Haftungserleichterung solle dann eintreten, wenn der Schuldner den Leistungsgegenstand noch in seinen Händen hält und für ihn Verantwortung trägt, weil der Gläu-

³⁸⁷ Staudinger/Löwisch/Caspers § 276 Rn. 22; MüKo/Grundmann § 276 Rn. 154; Deutsch/Ahrens, Deliktsrecht, § 10 Rn. 126, S. 51.

³⁸⁸ RGZ 141, 129 (131); RGZ 166, 98 (101); BGHZ 10, 14 (16); BGH VersR 1960, 626 (626); BGH VersR 1977, 465 (465); BGH VersR 1989, 582 (582) m.w.N.; BGH NJW 1997, 1012 (1012); BGH NJW 2003, 1118 (1119); BGH NJW 2007, 2988, (2989).

³⁸⁹ Staudinger/Löwisch/Caspers § 276 Rn. 100, 103.

³⁹⁰ Lange/Schiemann, Schadensersatz, Einleitung III 3, S. 14.

biger ihn nicht abgenommen hatte.³⁹¹ Grund für die Haftungsprivilegierung sei, dass der Schuldner während des Annahmeverzuges länger mit der Sorge für den Gegenstand belastet sei³⁹², obwohl er habe davon ausgehen können, von seiner Leistungspflicht frei zu werden.³⁹³ Da der Schuldner grundsätzlich weiterhin zur Leistung verpflichtet ist, solle er für die Nichterfüllung dieser Pflicht haftungsmäßig entlastet werden.³⁹⁴ Der Annahmeverzug des Gläubigers sei in der Milderung des Haftungsmaßstabes zugunsten des Schuldners berücksichtigt.³⁹⁵

Fraglich ist, für welche Pflichten die Haftungsmitderung gilt. Hierfür muss zunächst der Sinn und Zweck der Norm ermittelt werden.

aa. Sinn und Zweck

[1]. Wortlaut

„Der Schuldner hat während des Verzugs des Gläubigers nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten.“

Hierbei handelt es sich um einen Verschuldensmaßstab. Die entstehungsgeschichtlich-fachsprachliche Bedeutung der Terminologie der Verschuldensmaßstäbe stimmt mit der heutigen Bedeutung überein. Zur Zeit der Entstehung des BGB gab es als Verschuldensmaßstäbe ebenso wie heute den Vorsatz, die leichte und die grobe Fahrlässigkeit.³⁹⁶ Hierbei wurde unter Vorsatz wissentliches und willentliches Handeln verstanden³⁹⁷ und unter grober Fahrlässigkeit die Vernachlässigung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt in besonders schwerem Maße.³⁹⁸ Hieran hat sich im Wesentlichen nichts geändert. Diese Formen des Verschuldens waren wie heute Grund für die Haftung.

Wenn ein Schadensersatzanspruch in Betracht kommt, ist während des Verzuges ein milderer Haftungsmaßstab anzuwenden. Während des Verzuges meint in der Zeitspanne, in der sich der Gläubiger in Verzuge befindet. Verzug ist die Nichtannahme der ordnungsgemäß angebotenen noch möglichen Leistung durch den Gläubiger.³⁹⁹ Hierdurch verhindert der Gläubiger, dass der Schuldner seine Leistung gem. § 362 bewirkt.⁴⁰⁰ Somit ist der Schuldner immer noch verpflichtet zu leisten; dies obwohl er selbst alles getan hat und somit von seiner Leistungspflicht befreit gewesen wäre. Die Auswirkung auf den Schuldner ist also die noch bestehende Leistungspflicht, welcher ohne Verzug des Gläubigers bereits Genüge getan wäre. Der, der über eine längere als eigentlich notwen-

³⁹¹ Motive zum BGB, Bd. II, S. 74.

³⁹² Staudinger/Löwisch/Feldmann § 300 Rn. 3.

³⁹³ Erman/Hager § 300 Rn. 4.

³⁹⁴ Wertheimer, JuS 1993, 646 (647).

³⁹⁵ Honsell, JuS 1979, 81 (81, 82).

³⁹⁶ Motive zum BGB, Bd. I, S. 281.

³⁹⁷ Motive zum BGB, Bd. I, S. 280.

³⁹⁸ Motive zum BGB, Bd. I, S. 280 (besonders schwere Vernachlässigung der Sorgfalt des ordentlichen Hausvaters); Protokolle der zweiten Kommission Bd. II, S. 598 (im Verkehr erforderliche Sorgfalt).

³⁹⁹ Medicus/Lorenz, SchuldR I AT, § 43 I, Rn. 513, S. 244.

⁴⁰⁰ Medicus/Lorenz, SchuldR I AT, § 43 I 1, Rn. 514, S. 244.

dig gewesene Zeitspanne den Leistungsgegenstand oder die Leistungsbereitschaft erhalten muss, haftet milder.

Aus der Sicht des Schuldners ist dies eine Erleichterung, die ihm das Gesetz gewährt, obwohl er immer noch mit der Hauptleistungspflicht belastet bleibt. Aus der Sicht des Gläubigers ist dies eine Auswirkung seiner Obliegenheitsverletzung;⁴⁰¹ er verliert zwar keine Rechte, da er den Anspruch auf die ungeschmälerte Leistung des Schuldners behält. Auch ist er nicht selbst schadensersatzpflichtig, wenn nicht zusätzlich die Voraussetzungen einer Schadensersatznorm der §§ 280 ff. vorliegen; insbesondere das Verschulden. Allerdings muss er eine Einschränkung bezüglich eigener Schadensersatzansprüche hinnehmen, welche bei leichter Fahrlässigkeit ausgeschlossen werden. Somit trägt nun er das Risiko des Schadenseintritts in bestimmten Fällen, obwohl er gar nicht im Besitz des Leistungsgegenstandes oder der Leistung ist und somit auf einen Schadenseintritt keinen Einfluss hat.

Nach dem Wortlaut handelt es sich um eine Risikoverteilung zulasten des obliegenheitswidrig handelnden Gläubigers bei einer gleichzeitigen Entlastung des Schuldners.

[2]. *Historie/ Genetik*

Grund für die Haftungsmilderung sei, dass die Verpflichtung des Schuldners zu leisten ja weiterhin bestehe, dieser Grundsatz aber durch die Haftungsmilderung aus Billigkeit abgeschwächt würde.⁴⁰² Wenn von Billigkeit gesprochen wird, muss man annehmen, dass es dem Gesetzgeber „gerecht“ vorkam, den Sachverhalt so zu regeln. Warum jedoch hier die Billigkeit angenommen wurde, lässt sich den Materialien nicht entnehmen. Offenbar war der Verzug des Gläubigers als so gravierend angesehen worden, dass ein zufällig oder aufgrund leichter Fahrlässigkeit des Schuldners eingetretener Schaden dem Gläubiger nicht ersetzt werden sollte. Andererseits nicht gravierend genug, um ihn mit einem gegen ihn selbst gerichteten Schadensersatzanspruch zu belegen. Anders im Schuldnerverzug: hier haftet der Schuldner wegen Verzuges auf Schadensersatz gem. §§ 280 I, II, 286. Ab diesem Zeitpunkt muss der Schuldner sogar Zufall vertreten (§ 287). Nach den Materialien beruhe die Haftung für Zufall beim Schuldnerverzug auf dem Grundsatz, dass der Schuldner für alle Folgen des Verzuges aufkommen muss.⁴⁰³ Mithin wurde der Gläubigerverzug nicht so schwerwiegend wie der Schuldnerverzug empfunden, sollte aber dennoch nicht folgenlos bleiben.

In der Literatur wurde bereits früh festgestellt, dass es sich nicht um eine Pflichtverletzung handeln könne, da eine Pflicht zur Annahme nur ausnahmsweise besteht; und ohne Pflichtverletzung könne nicht von einem Verschulden gesprochen werden.⁴⁰⁴ Heute wird die Nichtannahme einer Leistung als Obliegenheitsverletzung bezeichnet. Folge ei-

⁴⁰¹ Erman/Hager Vor § 293 Rn. 1; Soergel/Wiedemann § 300 Rn. 3.

⁴⁰² Jakobs/Schubert, Recht der Schuldverhältnisse I, S. 350.

⁴⁰³ Motive zum BGB, Bd. I, S. 64; Protokolle der zweiten Kommission, Bd. I, S. 328.

⁴⁰⁴ Enneccerus, Bürgerliches Recht, Bd I 2, (1914), § 280, S. 163; (1927), § 280, S. 183.

ner Obliegenheitsverletzung ist nämlich nur die Beschneidung eigener Rechte.⁴⁰⁵ Daher verteilt § 300 das Risiko teilweise um.⁴⁰⁶

Auch nach der historischen Auslegung handelt es sich um eine teilweise Risikoumverteilung, die darauf beruht, dass der Gläubiger verhindert hat, dass der Schuldner von seiner Leistungsverpflichtung frei wird, der Schuldner indes weiterhin mit der Leistungspflicht belastet bleibt.

[3]. Systematik

Im Rahmen der Systematischen Auslegung können verschiedene Gedanken relevant werden:

Möglicherweise kann das besondere Schuldrecht Aufschluss über die Frage des Zweckes der Vorschrift geben: im Zusammenhang mit dem besonderen Schuldrecht stellt sich die Frage, worin die Leistungspflicht des Schuldners eigentlich bestehen kann. Die Leistung des Schuldners kann in der Übergabe einer beweglichen oder unbeweglichen Sache liegen; so etwa bei Kauf, Tausch, Schenkung, Leihe, Miete und Pacht. Dort liegt also ein Leistungsgegenstand vor, der durch den Gläubiger angenommen werden muss. Auch bei Verwahrung und Werkvertrag geht es letztlich um die Übergabe einer beweglichen Sache. Die Leistung des Schuldners kann desgleichen nicht gegenständlich sein, wie etwa bei einer Dienstleistung, einer Maklerleistung, einer Zahlungsdienstleistung oder einer Auftragshandlung. Auch in diesem Fall muss der Gläubiger bereit sein, die nicht-körperliche Leistung zu empfangen. Unterschiedlich ist hier, dass einmal ein Leistungsgegenstand und das andere Mal eine Leistung Vertragsgegenstand ist; indes gilt die Regelung des § 300 für alle diese Materien.

Wenn man den Zweck des § 300 in der Kompensation für eine unentgeltliche Verwahrung sieht,⁴⁰⁷ ist dies daher zu eng für alle möglichen Fallgruppen. Vielmehr muss es sich um einen Ausgleich für die Bewahrung der Leistung handeln. Hierunter kann einmal die Verwahrung eines Leistungsgegenstandes oder die Erhaltung der Leistungsfähigkeit bei einer Dienstleistung etwa fallen.

Es fällt aber auf, dass die Annahmepflicht des Gläubigers nur für den Kauf und im Werkvertrag im Gesetz geregelt ist und in anderen Fällen nicht. Diese Annahmepflichten stellen Nebenpflichten dar.⁴⁰⁸ Bei Kauf und Werkvertrag wird das Vorliegen der Voraussetzungen des Verzuges sogar mit der Übergabe gleich gesetzt, womit die Gefahr übergeht (§§ 446, 644). Dann trägt der Gläubiger sogar das Risiko des zufälligen Unterganges. Diese Regelung zeigt, dass der Tatsache, dass sich der Gläubiger in Verzug befindet, eine große Bedeutung zugemessen wurde. Dies allerdings nur dort, wo die Abnahmepflicht ausdrücklich gesetzlich geregelt ist. An diesen Stellen kann der Gläubiger

⁴⁰⁵ S.u.: Fn. 410.

⁴⁰⁶ BGB-RGRK § 300 Anm. 1.

⁴⁰⁷ Soergel/Wiedemann § 300 Rn. 4.

⁴⁰⁸ Palandt/Weidenkaff § 433 Rn. 44.

zudem in Schuldnerverzug geraten, wenn die sonstigen Voraussetzungen des Schuldnerverzuges vorliegen.⁴⁰⁹

Auch wenn in anderen Vertragstypen solche Annahmepflichten nicht ausdrücklich geregelt sind, kommen sie als Nebenpflichten in Betracht. Hier kann folglich ebenso ein Gläubigerverzug eintreten. Dieser erfordert kein Verschulden. Eine Schadensersatzpflicht hingegen ist nicht an den Verzug geknüpft. Es stimmt mit dem Verschuldensprinzip des BGB überein, dass der Gläubiger keinen Schadensersatz leisten muss, wenn lediglich Verzug vorliegt. Allerdings kann sich die Haftungsmilderung doch auf einen Schadensersatzanspruch auswirken; nämlich auf einen Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner. Dessen Haftung wird dann auf grobe Fahrlässigkeit begrenzt, während der Gläubiger selbst nicht einmal eine schuldhafte Handlung begangen haben muss. Dies zeigt, dass der Gesetzgeber den Annahmeverzug unabhängig vom Verschulden des Gläubigers als relevante Vertragsstörung ansah.

Weiterhin ist am Verzug besonders, dass es sich um eine Obliegenheit handelt.⁴¹⁰ Das ist der wesentliche Unterschied zwischen Schuldner – und Gläubigerverzug: beim Gläubigerverzug liegt eine Obliegenheitsverletzung vor, beim Schuldnerverzug eine Pflichtverletzung.

Eine Pflichtverletzung ist eine Handlung, die zu einer Leistungsstörung im Schuldverhältnis führt.⁴¹¹ Eine Obliegenheit ist die Befolgung des eigenen Interesses; eine Obliegenheitsverletzung ist daher eine Handlung, die dem eigenen Interesse widerspricht.⁴¹² Daher wird die Obliegenheitsverletzung auch als „Verschulden gegen sich selbst“ bezeichnet.⁴¹³ Wobei aber im Falle des Verzuges gerade kein Verschulden im technischen Sinne vorliegen muss, wie eben gesehen. Wenn also jemand eine Pflicht verletzt, die eigentlich ihm selbst zugutekommt, entstehen hierdurch für die andere Partei keine Erfüllungs – oder Schadensersatzansprüche.⁴¹⁴ Die Rechtsordnung verbietet nämlich ein selbstschädigendes Verhalten grundsätzlich nicht;⁴¹⁵ allerdings kann ein selbstschädigendes Verhalten dann relevant werden, wenn gleichzeitig Ansprüche gegen einen anderen bestehen. Wenn nämlich die Obliegenheitsverletzung in irgendeiner Form mit Schadensersatzansprüchen gegen Dritte kollidiert.

Der Unterschied zwischen Pflicht und Obliegenheit liegt darin, dass diese jeweils jemand anderem zugutekommen: die Pflicht dient dem Interesse der anderen Partei, die Obliegenheit dient in erster Linie dem eigenen Interesse.

Im BGB können Obliegenheitsverletzungen in der Form des Mitverschuldens gem. § 254 oder im Unterhaltsrecht relevant werden. Im Unterhaltsrecht besteht die Oblie-

⁴⁰⁹ Erman/Hager Vor § 293 Rn. 7.

⁴¹⁰ Erman/Hager Vor § 293 Rn. 1; Soergel/Wiedemann § 300 Rn. 3.

⁴¹¹ Palandt/Grüneberg § 280 Rn. 12.

⁴¹² Palandt/Grüneberg Einl v § 241 Rn. 13.

⁴¹³ Palandt/Grüneberg § 254 Rn. 1.

⁴¹⁴ Staudinger/Olzen § 241 Rn. 123; Palandt/Grüneberg Einl v § 241 Rn. 13.

⁴¹⁵ Palandt/Grüneberg § 254 Rn. 1.

genheit, mögliche und zumutbare Einnahmen zu erzielen.⁴¹⁶ Bei Verletzung dieser Pflicht wird die Partei so behandelt, als seien diese Einnahmen erzielt worden.⁴¹⁷ Insgesamt ist eine Kürzung eines bereits bestehenden Anspruches gegeben. Auch in der Konstellation des § 254 wird der Anspruch gegen den Dritten um das Mitverschulden gekürzt.⁴¹⁸ In der Konstellation des § 300 hingegen ist die Haftung des Schuldners bei leichter Fahrlässigkeit nicht gegeben. Im Ergebnis wird dadurch nicht der Anspruch gekürzt, sondern die Anspruchsgrundlage wird eingeschränkt. Nur unter strengeren Voraussetzungen, nämlich ab grober Fahrlässigkeit besteht eine Haftung. Die Haftung des Schuldners bei Verzug des Gläubigers muss aber nicht eintreten; die Haftungsmilderung greift nur ein, wenn der Schuldner einen haftungs begründenden Umstand setzt, auf den der Gläubiger keinen Einfluss hat.

Grund für diese Unterschiede könnte sein, dass der Schuldner bei dem Mitverschulden lediglich mit einer umfangreicheren Haftung belastet wäre, während der Schuldner beim Verzug noch die Sorge für den Leistungsgegenstand oder die Leistungsfähigkeit tragen muss, da die Hauptleistungspflicht bestehen bleibt. Dies spricht dafür, dass hiermit in gewisser Weise das Weiterbestehen der Hauptleistungspflicht abgeschwächt werden soll.

Zudem wird die Tatsache des Verzuges außerhalb der Haftungsmilderung bedeutsam; die §§ 300 ff. bestimmen zahlreiche andere Wirkungen des Gläubigerverzuges. Wenn die Obliegenheitsverletzung hingegen die Form des Mitverschuldens hat, so wird dies stets nur relevant, wenn dies mit dem Anspruch gegen einen Dritten kollidiert. Andernfalls ist es rechtlich nicht erheblich, ob man beispielsweise eine Erwerbstätigkeit unterlässt oder eine Wunde nicht versorgt, welche sich dann entzündet. Somit entfaltet der Verzug auch Wirkungen außer der Haftungsmilderung, während das Mitverschulden nur in der Schadenskonstellation Relevanz hat. Dies erklärt, warum die Rechtsfolgen der Haftungsmilderung sich strenger auswirken, als die Anrechnung eines Mitverschuldens.

Außerdem ist der Kausalzusammenhang zwischen dem Mitverschulden und dem Anspruch regelmäßig enger: die Obliegenheitsverletzung führt stets unmittelbar dazu, dass der andere im Rahmen seines Anspruches mehr zahlen müsste. Beim Verzug hingegen hängt die Obliegenheitsverletzung nicht direkt unmittelbar kausal mit dem Entstehen des möglichen Schadensersatzanspruches zusammen. Lediglich ist der Verzug ein zeitlich vorausgehendes Ereignis, welches den Schaden möglich macht. Ob er jedoch tatsächlich Eintritt und wie hoch der Schaden ist, hat mit dem Verzug nichts zu tun. Während das Mitverschulden auf die Höhe des Schadens einwirkt, wirkt der Verzug lediglich auf die Risikoverteilung des Schadens ein; im Falle der leichten Fahrlässigkeit des Schuldners bekommt der Gläubiger keinen Ersatz, obwohl er mit der Schadensentstehung konkret nichts zu tun hat.

⁴¹⁶ MüKo/Maurer § 1578 Rn. 138; Palandt/Grüneberg Einf III v § 1569 Rn. 9.

⁴¹⁷ MüKo/Maurer § 1578 Rn. 139; Palandt/Grüneberg Einf III v § 1569 Rn. 9.

⁴¹⁸ Palandt/Grüneberg § 254 Rn. 1.

Im Vergleich zum Mitverschulden, bei dem gequotelt wird, wird hier durch den Gesetzgeber grundsätzlich der Anspruch wegen leichter Fahrlässigkeit ausgeschlossen. Das Risiko des leicht verschuldeten Schadenseintrittes wird dem Gläubiger übertragen. Beim Mitverschulden wird also eine einzelfallbezogene Kürzung des Anspruches vorgenommen, während die Wertung, wie der Verzug bei der Haftung berücksichtigt wird, vom Gesetzgeber bereits vorgenommen wurde. Dies war wohl vor allem deswegen notwendig, weil der Verzug an sich nichts mit der Schadensentstehung zu tun hat, während das Mitverschulden immer bei dem konkreten Anspruch eine Rolle spielt.

Diese so ausgestaltete Risikoverteilung ist deshalb bemerkenswert, weil hinter dem Schadensrecht der Gedanke der Schadensabnahme und der Prävention steht.⁴¹⁹ Der Schaden soll auf dem Willen und dem Verhalten des Verursachers beruhen und dann von ihm getragen werden.⁴²⁰ Daher hat man sich im BGB für die Verschuldenshaftung entschieden. Im Fall der Haftungsmilderung ist nun aber trotz Verschuldens keine Haftung gegeben. Dies bedeutet eine teilweise Abkehr oder eine Ausnahme vom Verschuldensprinzip. Der Gesetzgeber hat eine Wertung vorgenommen, die das Schadensrisiko in einem gewissen Grad dem Gläubiger überbürdet. Dieser hat zwar keinen Einfluss auf eine leicht fahrlässige Handlung des Schuldners, deren Konsequenzen aber gleichwohl zu tragen.

Es wirkt sich die Obliegenheitsverletzung wesentlich stärker auf die Haftung aus, als bei anderen Obliegenheitsverletzungen; dort wirkt sich nämlich nur das eigene Verschulden anspruchskürzend aus, während hier ein Anspruch bei leichter Fahrlässigkeit der Gegenseite ersatzlos wegfällt.

Andererseits wird mit dem Verzug nicht die Übergabe fingiert – mit der Rechtsfolge des kompletten Gefahrübergangs; mit dem Verzug geht also nicht grundsätzlich der Gefahrübergang einher. Etwas anders ist dies nur bei Kauf und Werkvertrag; dort geht die Gefahr für Zufall bei Annahmeverzug über. Dort sind allerdings auch die Annahmepflichten ausdrücklich geregelt. Wenn mithin der Gesetzgeber die Annahmepflicht als ausdrückliche Nebenpflicht kodifiziert hat wie bei Kauf und Werkvertrag, geht hiermit einher, dass ein Gefahrübergang für Zufall bei Verzug angenommen wird. Andererseits bleibt es bei einem nicht zufälligen Untergang bei den Verschuldensregeln des Verzuges; hierdurch wird dem Umstand Rechnung getragen, dass der Gegenstand sich noch in der Sphäre des Schuldners befindet.

Der Vergleich mit anderen Obliegenheitsverletzungen ergibt insofern, dass zugunsten des Schuldners das Weiterbestehen der Hauptleistungspflicht abgeschwächt werden soll. Dies durch eine Wertung, die der Gesetzgeber pauschal vorgenommen hat, indem bei leichter Fahrlässigkeit nicht die übliche Verschuldenshaftung des BGB greift. Andererseits muss der Schuldner immer noch für Verschulden ab grober Fahrlässigkeit haften.

Nach der systematischen Auslegung ist Zweck der Norm einen Ausgleich zu schaffen zwischen Schuldner und Gläubiger: zugunsten des Schuldners und zulasten des Gläubi-

⁴¹⁹ Deutsch, Haftungsrecht, S. 14, Rn. 18.

⁴²⁰ Deutsch, Haftungsrecht, S. 2, Rn. 3.

gers wird berücksichtigt, dass er weiterhin mit der Hauptleistungspflicht belastet bleibt; ihm wird daher das Risiko für leichte Fahrlässigkeit abgenommen. Jedoch bleibt das Risiko für die Haftung ab grober Fahrlässigkeit weiterhin beim Schuldner, in dessen Sphäre sich die Sache ja noch befindet. Mit dieser vom Gesetzgeber vorgenommenen Wertung ist die Verschuldenshaftung des BGB leicht modifiziert.

[4]. Zusammenfassung

Dem Wortlaut und der historischen Auslegung nach ist ein Ausgleich für die noch bestehende Leistungspflicht des Schuldners gegeben, während dem obliegenheitsverletzenden Gläubiger das teilweise Haftungsrisiko überbürdet wird. In der systematischen Auslegung wird deutlich, dass in der Obliegenheitsverletzung eine relevante Vertragsstörung vorliegt, die zwar nicht zum Schadensersatz verpflichten soll, aber beim tatsächlichen Eintritt eines Schadens das Risiko teilweise auf die die Obliegenheit verletzende Partei verschieben will.

bb. Ergebnis

Die Auslegung hat ergeben, dass es sich um eine Modifizierung der Verschuldenshaftung zum Ausgleich der Bewahrung der Leistung handelt. Zugunsten des Schuldners wird dem Gläubiger teilweise das Risiko überbürdet, da der Schuldner noch die Hauptleistungspflicht zu erfüllen hat und der Gläubiger dies bewirkt hat. Andererseits ist kein kompletter Risikoübergang gegeben, da sich die Leistung noch in der Sphäre des Schuldners befindet und seitens des Gläubigers nur eine Obliegenheitsverletzung vorliegt.

cc. Vertrag

[1]. Hauptvertragliche Pflichten: Untergang oder Verschlechterung der Sache

Nach h.M. in der Literatur gilt diese Haftungsmilderung nur, wenn es um den Untergang oder die Verschlechterung der geschuldeten Sache geht.⁴²¹ Die Haftung wegen Verletzung von Nebenpflichten hingegen bleibt in vollem Umfang bestehen.⁴²² So auch die Rechtsprechung: die Haftung für Schutz – oder Nebenpflichten bleibe grundsätzlich bestehen.⁴²³ Allerdings sei die Haftung gemildert, wenn der Leistungsgegenstand selbst betroffen sei, dies desgleichen bei der Verletzung von Schutz – oder Nebenpflichten.⁴²⁴ Durch die Rechtsprechung wird bedacht, dass auch die Nichtbeachtung einer Nebenpflicht zum Untergang oder der Zerstörung der Sache führen kann. In den Motiven des BGB wird auf die Sorge für den in den Händen des Schuldners befindlichen Leistungsgegenstand abgestellt, nicht erfasst sein sollen aber die sonstigen Handlungen.⁴²⁵ Von der herrschen-

⁴²¹ MüKo/Ernst § 300 Rn. 2; Bamberger/Roth/Unberath § 300 Rn. 2; Erman/Hager § 300 Rn. 4.

⁴²² Staudinger/Löwisch/Feldmann § 300 Rn. 9; MüKo/Ernst § 300 Rn. 2; Soergel/Wiedemann § 300 Rn. 8; Erman/Hager § 300 Rn. 4; Bamberger/Roth/Unberath § 300 Rn. 2.

⁴²³ OLG Saarbrücken, NJW-RR 2002, 528 (529).

⁴²⁴ OLG Saarbrücken, NJW-RR 2002, 528 (529) wobei dort der Leistungsgegenstand sehr weit gefasst wird; LG Oldenburg, Urteil vom 26.10.1988, AZ 9S130/88.

⁴²⁵ Motive zum BGB, Bd. II, S. 74.

den Meinung werden daher die Pflichten bezüglich des Leistungsgegenstandes als maßgeblicher Pflichtenkatalog gesehen.⁴²⁶

[2]. *Zusatzpflichten*

Anderer Ansicht nach solle sich § 300 I immer auf Pflichtverletzungen erstrecken, welche Pflichten verletzt, die dem Schuldner durch den Annahmeverzug zusätzlich aufgedrängt wurden.⁴²⁷ Unerheblich hierbei solle das verletzte Rechtsgut sein.⁴²⁸

Hierfür spreche bereits der weite Wortlaut der Vorschrift.⁴²⁹ Die Mindermeinung wertet die Aussage der Motive als nicht eindeutig und stellt hervor, dass es nicht um den Leistungsgegenstand selbst, sondern um die Sorge für diesen geht.⁴³⁰ Somit wird klargestellt, dass sich die Haftungsmilderung auf Pflichten bezieht; was eigentlich selbstverständlich ist.⁴³¹ Diese Pflichten aber müssten eben jene Pflichten sein, die durch den Annahmeverzug entständen und mit denen der Schuldner nicht zu rechnen habe.⁴³² Für die dermaßen ausgestaltete Risikoverteilung spreche auch, dass der Annahmeverzug dem Risikobereich des Gläubigers zuzurechnen sei, er folglich die Risiken zu tragen habe, die durch die zusätzlichen Pflichten des Schuldners entständen.⁴³³

Beim Kaufvertrag, wo es praktisch nach Annahmeverzug um die Aufbewahrung der Sache gehe, überschneiden sich die Zusatzpflichten der Mindermeinung mit den auf die Leistungssache bezogenen Pflichtverletzungen der herrschenden Meinung; dies sei jedoch in anderen Vertragsarten nicht zwingend der Fall.⁴³⁴ Daher sei die Herangehensweise der h.M. für den Kaufvertrag „richtig“.⁴³⁵ Im Dienstvertrag scheitere diese Sichtweise jedoch schon daran, dass es gar keinen Leistungsgegenstand gebe.⁴³⁶ Nicht hingegen könne die Vorschrift daher gelten, wenn der Schuldner auch bei ordnungsgemäßigem Vertragsablauf mit dieser Situation konfrontiert hätte werden können; denn dann treffe ihn keine Zusatzpflicht, die auf dem Annahmeverzug beruhe.⁴³⁷ Maßgeblich sei, dass der Schuldner überraschend mit einer Pflicht konfrontiert werde.⁴³⁸

Nun stellt sich die Frage, auf welche Pflichten die Norm dann anwendbar sein muss.

⁴²⁶ Grunewald, FS Canaris, S. 331 (331).

⁴²⁷ Grunewald, KaufR, § 14 I 2 a) bb), Rn. 6, S. 313.

⁴²⁸ Grunewald, KaufR, § 14 I 2 a) bb), Rn. 6, S. 313.

⁴²⁹ Grunewald, FS Canaris, S. 331 (331).

⁴³⁰ Grunewald, FS Canaris, S. 331 (331).

⁴³¹ Grunewald, FS Canaris, S. 331 (331).

⁴³² Grunewald, FS Canaris, S. 331 (332).

⁴³³ Grunewald, FS Canaris, S. 331 (332).

⁴³⁴ Grunewald, FS Canaris, S. 331 (332).

⁴³⁵ Grunewald, FS Canaris, S. 331 (332).

⁴³⁶ Grunewald, FS Canaris, S. 331 (334).

⁴³⁷ Grunewald, FS Canaris, S. 331 (332, 333).

⁴³⁸ Grunewald, FS Canaris, S. 331 (333).

[3]. Würdigung

Unstreitig ist, dass der Untergang oder die Verschlechterung des Hauptleistungsgegenstandes von der Haftungsmilderung umfasst ist. Dass eine Anwendbarkeit auf andere Pflichten, insbesondere Schutzpflichten, gegeben sein soll, wird nur vereinzelt vertreten.⁴³⁹ Alternativ wird gefordert, § 300 auf dem Schuldner zusätzlich auferlegte Pflichten anzuwenden, unabhängig davon, ob ein Untergang oder eine Verschlechterung des Hauptleistungsgegenstandes gegeben ist.⁴⁴⁰

[a]. Wortlaut

Dem weit gefassten Wortlaut lässt sich keine solche Einschränkung entnehmen. Hier wird lediglich auf die Zeitspanne des Verzuges abgestellt. Auf den Umfang der Haftung hingegen wird kein Bezug genommen. Da vertragliche Haftung jedoch zur Zeit der Schaffung des BGB bereits mit Schutzpflichten operierte, ist es durchaus möglich, dass diese einbezogen werden müssen. Auch nach dem heutigen Verständnis lässt der Wortlaut die Subsumtion jeglicher vertraglicher Pflicht zu.

[b]. Historie / Genetik

In den Beratungen zum BGB wurde festgestellt, dass sich die Haftungsmilderung beim Gläubigerverzug aber nur auf „die Sorge für einen in den Händen des Schuldners befindlichen Leistungsgegenstand“⁴⁴¹ beziehe und nicht „auch auf die von dem Schuldner in Erfüllung seiner fortdauernden Verpflichtung vorzunehmenden sonstigen Handlungen“.⁴⁴²

Wie bereits gesehen wird diese Stelle in den Materialien von verschiedenen Seiten als Argument herangezogen: die h.M. sieht sich bestätigt, weil es dort schwerpunktmäßig um den Leistungsgegenstand, also die Hauptleistung, geht. Hingegen sieht die Gegenmeinung den Schwerpunkt auf der Sorge für die Sache, nämlich den Zusatzpflichten, und nicht auf der Sache selbst.

Die Formulierung „Sorge für den Leistungsgegenstand“ indes gibt vieles her: die Sorge für den Leistungsgegenstand ist einmal eine Hauptleistungspflicht, da der Gegenstand mangelfrei übergeben werden soll. Auch für Zusatzpflichten kann dies sprechen: die zusätzlichen Pflichten resultieren schließlich daraus, dass die Abnahme nicht erfolgt und der Schuldner den Gegenstand weiterhin in Besitz hat und nun für ihn sorgen muss. Es können sich aber sogar Nebenpflichten auf den Hauptleistungsgegenstand beziehen, wie etwa die Verpflichtung einen Gegenstand während des Verzuges sachgerecht aufzubewahren. Der Schuldner muss den Leistungsgegenstand erhalten oder die Leistungsbereitschaft aufrechterhalten; ob dies im Rahmen der Hauptleistungspflicht oder durch eine Nebenpflicht gewährleistet wird, wird im Einzelfall unterschiedlich sein. Daher ist diese Aussage der Materialien für den Ausschluss der Neben – und Schutzpflichten von

⁴³⁹ Und auch dann nur in Fällen des Selbsthilfeverkaufs: RGZ 57, 105 (107); OLG Köln NJW-RR 1995, 52 (54); in der Literatur aktuell sogar gar nicht mehr. Früher jedoch: Oertmann, *Recht der SV*, § 300 S. 123.

⁴⁴⁰ Grunewald, FS Canaris, S. 331 (331); Grunewald, *KaufR*, § 14 I 2 a) bb), Rn. 6, S. 313.

⁴⁴¹ Motive zum BGB, Bd. I, S. 74; Jakobs/Schubert, *Recht der Schuldverhältnisse I*, S. 350.

⁴⁴² Motive zum BGB, Bd. I, S. 74; Jakobs/Schubert, *Recht der Schuldverhältnisse I*, S. 350.

der Haftungsmilderung nicht aussagekräftig. Dies ändert sich nicht, wenn man den zeitlichen Kontext der Aussage miteinbezieht; im Vertragsrecht waren viele unterschiedliche Pflichten bekannt. Auch wenn diese noch nicht im Rahmen des § 241 II gesetzlich kategorisiert waren, so bestanden sie doch.

Aussagekräftiger erscheint daher folgende Stelle: die Haftungsmilderung sei „nicht auch auf die von dem Schuldner in Erfüllung seiner fortdauernden Verpflichtung vorzunehmenden sonstigen Handlungen“ anwendbar. Hiermit müssten dann Handlungen gemeint sein, die sich ausdrücklich nicht auf den Leistungsgegenstand oder die Leistung selbst beziehen. Dies werden im Normalfall wohl eher sonstige Schutz – und Nebenpflichten sein. Dann wären Schutz – und Nebenpflichten tatsächlich nicht von der Haftungsmilderung erfasst. Allerdings wurde bereits aufgezeigt, dass bei der Aussage von der „Sorge um den Leistungsgegenstand“ durchaus Nebenpflichten beachtlich werden können. Somit kann die Nebenpflicht hiernach nicht pauschal ausgeschlossen werden; es müsste anhand der gegebenen Formulierungen zwischen solchen Nebenpflichten differenziert werden, die sich auf den Leistungsgegenstand beziehen und solchen, die sonstige Handlungen darstellten. Auf letztere wäre die Haftungsmilderung dann nicht anwendbar. Über die von der Mindermeinung angeführten „Zusatzpflichten“ sagt dies freilich nichts aus.

Im Schrifttum war man zunächst der Meinung, dass die Haftungsmilderung auch für die positive Vertragsverletzung gelten müsse;⁴⁴³ aufgrund der Aussagen in den Materialien können keine Einschränkung in die Vorschrift eingelegt werden, welche der Wortlaut nicht hergebe.⁴⁴⁴ Ferner gab es eine Ansicht, die sich gänzlich auf die Materialien stützte und eine Milderung nur dann annahm, wenn es sich um die Sorge für den Gegenstand handele.⁴⁴⁵ Nach den in der Rechtsprechung zu entscheidenden Fällen, die den Selbsthilfeverkauf betrafen,⁴⁴⁶ sollte die Haftungserleichterung jedoch nicht für Nebenpflichten gelten, was dann in der Literatur übernommen wurde.⁴⁴⁷ In den Fällen des Selbsthilfeverkaufes allerdings hat der Gesetzgeber auch Vorschriften zum Schutz des Gläubigers erlassen, wie die Androhung der Versteigerung gem. § 384. Dies zeigt, dass das Recht des Schuldners zum Selbsthilfeverkauf nach Vorstellung des Gesetzgebers eng sein soll. Daher ist verständlich, dass in den zu entscheidenden Fällen die Rechtsprechung eine umfassende Sorgfaltspflicht des Schuldners annahm. Vom Selbsthilfeverkauf jedoch auf jegliche Nebenpflichten zu schließen, erscheint zu pauschal. Zwar dienen Nebenpflichten meist dem Gläubiger; doch können sie in vielfältiger Weise auftreten. Es kann auch Nebenpflichten geben, die sich direkt auf den Leistungsgegenstand beziehen; wie dessen Aufbewahrung beispielsweise. Dann ist ein enger Zusammenhang mit dem Vertragsgegenstand oder der Hauptleistungspflicht gegeben. Und dass die Haftungser-

⁴⁴³ Oertmann, Recht der SV, § 300 S. 123.

⁴⁴⁴ Oertmann, Recht der SV, § 300 S. 123.

⁴⁴⁵ Warneyer, BGB, § 300 Anm. 3.

⁴⁴⁶ RGZ 57, 105 (107); OLG Köln NJW-RR 1995, 52 (54) beruft sich auf die Rechtsprechung des RG, trifft aber hinsichtlich der Nebenpflichten dann doch keine Entscheidung.

⁴⁴⁷ BGB-RGRK § 300 Anm. 1.

leichterung bezüglich der Hauptleistungspflichten gegeben sein soll, ist unstrittig. Daher geht die Rechtsprechung in anderen Fällen als denen des Selbsthilfeverkaufes davon aus, dass die Haftung dann gemildert sei, wenn der Leistungsgegenstand selbst betroffen sei,⁴⁴⁸ womit sie im Ergebnis der h.M. der Literatur zustimmt, nach der die Haftungsmilderung auf Untergang oder Verschlechterung der Sache anwendbar sein soll.

Die genetische Auslegung spricht dafür, dass die Haftungsmilderung Hauptleistungspflichten umfasst und solche Nebenpflichten, die sich direkt auf den Leistungsgegenstand beziehen. Die historische Auslegung hat gezeigt, dass die h.M., die die Haftungsmilderung nicht auf Nebenpflichten anwenden will, auf der Rechtsprechung zum Selbsthilfeverkauf beruht, dass hier aber nicht eine Lage gegeben ist, wie sie bei jeglicher Nebenpflicht besteht und dies daher so allgemein nicht generalisierbar ist. Daher geht auch die neuere Rechtsprechung davon aus, dass die Haftungsmilderung dann anwendbar ist, wenn der Hauptvertragsgegenstand durch Verletzung einer Nebenpflicht geschädigt wird.

[c]. Systematik

Nach der h.M. ist die Haftungserleichterung nur auf Untergang oder Verschlechterung des Leistungsgegenstandes anwendbar. Diese Kategorien können jedoch bereits schon nicht vollständig sein, weil hier nur die Fälle umfasst werden, in denen der Vertrag auch einen körperlichen Leistungsgegenstand beinhaltet.⁴⁴⁹ Der Verzug kann sich aber ebenso auf andere Materien des besonderen Schuldrechts beziehen, die keine körperliche Leistung beinhalten. Doch selbst beim Kauf kann die h.M. zu kurz greifen: in dem Fall, in dem die Kaufsache beispielsweise durch leichte Fahrlässigkeit verloren geht, ist sie weder untergegangen, noch verschlechtert, kann jedoch nicht mehr übergeben werden. Dann ist die Sache noch intakt, gleichwohl kann praktisch eine Übereignung nicht erfolgen. Dann könnte eine Übereignung wegen § 275 nicht stattfinden, doch der Verkäufer müsste Schadensersatz gem. § 283 leisten. Die Mindermeinung ist der Ansicht, dass nur solche Pflichten relevant werden, die dem Schuldner zusätzlich auferlegt werden. Hier wären dann Hauptleistungspflichten nicht erfasst, weil diese den Schuldner ja ohnehin treffen. Hier gilt aber bei Verlust der Sache dasselbe wie bei der h.M.; dies ist hinsichtlich der Hauptleistungspflicht zu eng.

Zudem bezieht sich ein Vertretenmüssen immer auf eine Pflichtverletzung. Da die Haftungsmilderung den Verschuldensmaßstab für ein Vertretenmüssen festlegt, muss sich dieser auch auf eine Pflichtverletzung beziehen. Untergang oder Verschlechterung jedoch sind keine Pflichtverletzungen; vielmehr sind sie das Ergebnis einer Pflichtverletzung. Daher ist davon auszugehen, dass die h.M. eigentlich meint, dass die Haftungserleichterung bei einer Verletzung der Hauptleistungspflichten – welche im Regelfall zum Untergang oder zur Verschlechterung der Sache führen – anwendbar ist. Fraglich ist

⁴⁴⁸ OLG Saarbrücken, NJW-RR 2002, 528 (529) wobei dort der Leistungsgegenstand sehr weit gefasst wird; LG Oldenburg, Urteil vom 26.10.1988, AZ 9S130/88.

⁴⁴⁹ So ähnlich zu Recht auch: Grunewald, FS Canaris, S. 331 (332).

aber, ob die Haftungsmilderung nur auf diese Hauptpflichten anwendbar sein soll oder gleichfalls auf andere Pflichten.

Unter Bezug auf die Formulierung in den Materialien wird vertreten, dass der Schuldner hinsichtlich von zusätzlichen Pflichten, die er aufgrund des Verzuges auferlegt bekomme, befreit werde. Davon abgesehen, dass diese Lösung als „gerecht“ erscheint, sprechen systematische Gesichtspunkte gegen sie. In der Zivilrechtsordnung gibt es sonst keine vergleichbaren Pflichten wie diese Zusatzpflichten. Es ist daher nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber dergestalt Pflichten beabsichtigt hat.

Fraglich ist aber, ob eventuell Nebenpflichten hierunter fallen könnten. Im Schuldrecht gibt es regelmäßige Hauptleistungen – und Nebenpflichten. Das war auch zur Zeit der Kodifizierung des heutigen BGB der Fall. Wenn § 300 also generell nicht auf Nebenpflichten anwendbar sein sollte, müsste ein gewichtiger Grund hierfür sprechen. Ein solcher ist indes nicht ersichtlich. Ein pauschaler Ausschluss von Nebenpflichten kann nicht befürwortet werden.

Nach der systematischen Auslegung spricht mehr dafür, die Haftungsmilderung auf Hauptleistungen – und Nebenpflichten des Schuldners anzuwenden.

[d]. *Telos*

Fraglich ist nun, welche Hauptleistungen – und Nebenpflichten genau in den Anwendungsbereich der Haftungsmilderung fallen müssen.

Die Auslegung hat ergeben, dass der Normzweck in einer Modifizierung der Verschuldenshaftung zum Ausgleich der Bewahrung der Leistungsbereitschaft für eine längere Zeitspanne besteht. Die Nichtannahme des Gläubigers setzt einen neuen Kausalverlauf in Gang. Zugunsten des Schuldners wird dem Gläubiger teilweise das Risiko überbürdet, da der Schuldner noch die Hauptleistungspflicht zu erfüllen hat und der Gläubiger dies bewirkt hat. Andererseits ist kein kompletter Risikoübergang gegeben, da sich die Leistung noch in der Sphäre des Schuldners befindet und seitens des Gläubigers nur eine Obliegenheitsverletzung ohne Verschulden vorliegt.

Zentral ist mithin die teilweise Risikoumverteilung, die nach dem Anteil der für den anderen negativen Auswirkungen bemessen wird. Im Vordergrund der Regelung steht die Hauptleistungspflicht; mit dieser ist der Schuldner noch belastet, ohne seinerseits einen Schadensersatzanspruch zu haben. Fraglich ist, ob hinsichtlich der Hauptleistungspflicht die Haftungsmilderung gelten soll. Wenn der Gläubiger nicht in Verzug geraten wäre, wäre er jedoch von dieser Pflicht frei. Es bestünde somit für ihn gar keine Möglichkeit mehr, diese zu verletzen. Somit muss die Haftungsmilderung für eine Verletzung der Hauptleistungspflichten gelten.

Schwieriger zu beantworten ist jedoch die Frage, was für Nebenpflichten gelten soll.

Gegen die Anwendbarkeit des § 300 auf Nebenpflichten spreche, dass der Annahmeverzug mangels Verschulden des Gläubigers keine Sanktionen nach sich ziehen könne.⁴⁵⁰ Allerdings ist bereits eine Rechtsfolge mit Sanktionscharakter an den Annahmeverzug

⁴⁵⁰ Soergel/Wiedemann § 300 Rn. 8.

geknüpft: das Risiko des Schadenseintrittes wird teilweise auf den Gläubiger verlagert. Er ist eventuell mit einem Schaden belastet, der auf einem Verschulden des Schuldners beruht, obwohl er keinen Einfluss auf dessen Handlung nehmen kann. Es wurde bereits festgestellt, dass hier bereits eine Ausnahme vom Verschuldensprinzip besteht. Daher kann dieses Argument nicht gegen eine Anwendbarkeit auf Nebenpflichten angeführt werden.

Es gibt zahlreiche Nebenpflichten; diese können sich auf unterschiedliche Bestandteile des Vertragsverhältnisses beziehen. Die Bewahrung der Leistungsbereitschaft kann auch Nebenpflichten beinhalten. Allerdings nur solche Nebenpflichten, welche sich auf die Hauptleistungspflicht bezieht. Da der Hauptanknüpfungspunkt die Leistung ist, welche nicht erbracht werden konnte, nun aber noch erbracht werden muss, müssen solche Nebenpflichten mit in die Haftungsmilderung einbezogen werden, welche sich auf die Leistung beziehen. Beziehen sie sich hingegen nicht auf die Leistung, kann eine Verletzung auch unabhängig von dieser eintreten.

Hierdurch wird der Interessensbewertung, die der Gesetzgeber geschaffen hat, Rechnung getragen: da nämlich der Gläubiger durch seinen Verzug den Anlass gegeben hat, aufgrund dessen der Schuldner überhaupt noch in der Pflicht zu leisten ist, ist Haftung des Schuldners gemildert. Der Schuldner kann eine etwaige Pflichtverletzung deshalb nur begehen, weil der Gläubiger vorher eine Obliegenheitsverletzung – die Nichtannahme der Leistung – begangen hat. Hätte der Gläubiger die Leistung angenommen, würde der Schuldner gar nicht in die Situation geraten, in der er eine Pflichtverletzung begehen kann, die er vertreten muss. Einerseits wird der Schuldner also soweit entlastet, wie er der von dem Gläubiger geschaffenen neuen Situation ausgeliefert ist. Andererseits wird er nicht entlastet, wenn eine Verletzung der Nebenpflicht ebenfalls in der hypothetischen Situation, in der der Gläubiger die Leistung angenommen hätte, hätte passieren können.

Nebenpflichten, die nicht unmittelbar der Leistungsbereitschaft dienen, hätten ohnehin erbracht werden müssen. Allerdings befindet sich die Sache noch im Herrschaftsbereich des Schuldners, und der Gläubiger muss seinen Verzug nicht verschuldet haben. Daher wird dem Gläubiger nur das Risiko einer leicht fahrlässigen Schadensverursachung aufgebürdet; und dies auch nur hinsichtlich der Hauptleistung. Seine sonstigen Rechtsgüter hingegen stehen weiterhin unter unbeschränktem vertraglichem Schutz.

Hier lässt sich zudem ein ökonomisches Moment feststellen: die Nichtannahme des Gläubigers ist keine Pflichtverletzung, welche eine Schadensersatzpflicht mit sich zieht. Der Schuldner kann hieraus keine für ihn günstigen Rechtsfolgen herleiten. Allerdings werden die Rechte des Gläubigers dann eingeschränkt, wenn ein Schaden durch ein leicht fahrlässiges Verhalten des Schuldners entsteht. Dann erleidet der Gläubiger einen Nachteil, weil er den Schaden nicht wie sonst auf den Schuldner abwälzen kann. Nicht in jedem Fall schadet dem Gläubiger sein Annahmeverzug, sondern nur, wenn es tatsächlich zu einem Schaden kommt. Der Schuldner auf der anderen Seite kann keinen Schadensersatz geltend machen; er wird aber, wenn er eineverkehrsübliche Sorgfalt an den Tag legt, nicht mit einem Schadensersatzanspruch belastet werden. Das Vermögen des

Gläubigers wird daher nicht mit einem Schadensersatzanspruch des Schuldners gegen ihn belastet. Wenn der Schuldner sich allerdings nur leicht fahrlässig verhalten hat, wird sein Vermögen – anders als sonst – nicht mit einem Schadensersatzanspruch belastet. Da der Gläubiger die Hauptleistung nicht angenommen hat, muss diese Haftungsmilderung sich also auch auf alle Pflichten beziehen, die mit der Hauptleistungspflicht in unmittelbarem Zusammenhang stehen.

Die teleologische Auslegung hat ergeben, dass Nebenpflichten dann von der Haftungsmilderung erfasst werden, wenn diese sich unmittelbar auf die Hauptleistungspflicht beziehen. Schließlich schützt die Haftungsmilderung denjenigen, der sich seine Leistungsbereitschaft erhalten muss; diese Erhaltung kann aber auch die Ausführung von Nebenpflichten beinhalten. Insoweit müssen diese dann von der Haftungserleichterung umfasst sein.

[e]. Zusammenfassung

Nach dem weiten Wortlaut könnte die Vorschrift auf Haupt – und Nebenpflichten Anwendung finden.

Die genetische Auslegung hat ergeben, dass die Stelle, welche auf die „Sorge für den Leistungsgegenstand“ abstellt nicht aussagekräftig ist, da diese Sorge abhängig von der Konstellation des Vertrages sowohl in einer Haupt – als auch in einer Nebenpflicht bestehen kann. Aussagekräftiger ist die Vorgabe, dass die Haftungsmilderung nicht auf sonstige Handlungen, die nichts mit der Erfüllung seiner Fortdauernden Verpflichtungen zu tun haben, anwendbar sein soll: hier zeigt sich, dass sich die Haftungsmilderung auf solche Pflichten beziehen soll, die mit der ursprünglichen Hauptleistungspflicht zusammenhängen. Das können aber genauso bestimmte Nebenpflichten sein. Die historische Auslegung schließlich hat gezeigt, dass die Beschränkung der Haftungsmilderung auf die Hauptleistungspflicht der Rechtsprechung zum Selbsthilfeverkauf entspringt, dass hier aber nicht eine Lage gegeben ist, wie sie bei jeglicher Nebenpflicht besteht und dies daher so nicht generalisierbar ist. Im Fall des Selbsthilfekaufes sind verschiedene Verfahrenserfordernisse zum Schutz des Gläubigers gegeben. Diese Wertung ist dem Annahmeverzug nicht gemein; dort wird vielmehr der Schuldner durch eine gemilderte Haftung geschützt. Daher wurde in Fälle der Rechtsprechung, die keinen Selbsthilfeverkauf zum Inhalt hatten, entschieden, dass die Haftungserleichterung grundsätzlich schon auf Neben – und Schutzpflichten anwendbar sei, aber nur, wenn durch die Verletzung dieser Pflichten der Hauptleistungsgegenstand geschädigt wurde.

Die Systematik liefert keinen stichhaltigen Grund, die Nebenpflichten auszuschließen. Allerdings findet die Differenzierung nach Zusatzpflichten im Gesetz keine Stütze.

Die teleologische Auslegung hat ergeben, dass weil Anknüpfungspunkt der Risikoumverteilung das weitere Bestehen der Hauptleistungspflicht ist, daher alle Pflichten, die sich unmittelbar auf diese Hauptleistungspflicht beziehen in dem Schutzbereich der Norm sein müssen. Das müssen auch bestimmte Nebenpflichten sein, wenn diese sich unmittelbar auf die Hauptleistungspflicht beziehen.

[4]. Ergebnis

Hier ist entgegen der heute vertretenen Meinungen, dass die Haftungsmilderung des § 300 auf Verletzungen der Hauptleistungspflicht und Verletzungen von Nebenpflichten, welche sich konkret auf den Leistungsgegenstand oder die Leistungshandlung, also mit anderen Worten die Hauptleistungspflicht beziehen, anwendbar ist.

Für dieses Ergebnis spricht vor allem, dass der Schuldner den Leistungsgegenstand erhalten oder die Leistungsbereitschaft aufrechterhalten hat; ob dies aber im Rahmen der Hauptleistungspflicht oder durch eine Nebenpflicht gewährleistet wird, wird im Einzelfall unterschiedlich sein. Da die Hauptleistungspflicht unstreitig von der Haftungsmilderung umfasst ist, wäre es willkürlich, solche Nebenpflichten, die sich auf die unmittelbar auf die Hauptleistungspflicht beziehen, nicht zu erfassen.

dd. Endergebnis

Die Haftungsmilderung des § 300 ist im vertraglichen Bereich dann anzuwenden, wenn sich die Pflichtverletzung auf die Hauptleistungspflicht bezieht oder eine Hauptleistungspflicht ist. Dies vor allem deswegen, weil der Schuldner, der seine Leistungsbereitschaft, also die Erbringung Hauptleistungspflicht, aufrechterhalten soll, hierfür entlastet werden soll. Diese Bewahrung der Hauptleistungspflicht kann aber in einer Nebenpflicht bestehen, so dass diese Nebenpflichten von der Haftungsmilderung umfasst werden müssen.

b. § 521

Die Schenkung ist gem. § 516 „eine Zuwendung, durch die jemand aus seinem Vermögen einen anderen bereichert, [...] wenn beide Teile darüber einig sind, dass die Zuwendung unentgeltlich erfolgt“. Wobei die Zuwendung eine Handlung ist, die darauf abzielt, einem anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen.⁴⁵¹ Bei der Schenkung haftet der Schenker gem. § 521 nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Dies war bereits im ersten Entwurf des BGB so vorgesehen gewesen, da es dem geltenden Recht entsprach⁴⁵² und wurde in der zweiten Kommission grundsätzlich nicht in Frage gestellt.⁴⁵³ Als Grund für diese Haftungserleichterung wird heute allgemein der Altruismus des Schenkers gesehen.⁴⁵⁴

c. § 599

Die Leihe ist gem. § 598 ein Vertrag „durch welchen „der Verleiher einer Sache verpflichtet [wird], dem Entleiher den Gebrauch der Sache unentgeltlich zu gestatten“. Auch bei der Leihe wird als entscheidender Grund für die Haftungserleichterung die Uneigennüt-

⁴⁵¹ Larenz, SchuldR BT Bd. II 1, § 47 I, S. 196.

⁴⁵² Motive zum BGB, Bd. II, S. 296.

⁴⁵³ Protokolle der zweiten Kommission, Bd. II, S. 21.

⁴⁵⁴ MüKo/Koch § 521 Rn. 1.

zigkeit des Verleihers⁴⁵⁵ und die Unentgeltlichkeit des Geschäfts angesehen.⁴⁵⁶ Wie bei der Schenkung war dies bereits im ersten Entwurf vorgesehen gewesen, da es dem geltenden Recht entspreche.⁴⁵⁷

Zunächst muss herausgefunden werden, welcher Gedanke hinter diesen Vorschriften steht. Im Anschluss daran kann mithilfe dieses Zweckes der Vorschrift ermittelt werden, welchen Umfang die Haftungsmilderungen haben sollen.

aa. Sinn und Zweck

[1]. Wortlaut

„Der Schenker / Der Verleiher hat nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten.“

Der Wortlaut der Vorschrift enthält zwei Vorgaben: zum einen den Haftungsmaßstab des Vorsatzes und der groben Fahrlässigkeit und zum anderen die Anordnung, dass dieser vertreten werden muss. Eine Angabe, warum die Haftung gemildert ist, ergibt sich nicht aus dem Wortlaut. Es besteht nur die Anordnung, dass die Haftung gemildert sein soll. Aus dem Wortlaut der übrigen Vorschriften des Schenkungs – bzw. Leihrechtes ist auch keine Begründung ersichtlich, welche einen Schluss darauf zulässt, warum die Haftungsmilderungen bestehen.

[2]. Historie/Genetik

Bei den Normen handelte es sich damals wie heute um Haftungsbeschränkungen. Im ersten Entwurf wurde die Haftung wegen Nichterfüllung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt.⁴⁵⁸ Durch die zweite Kommission wurde schließlich die Fassung angenommen, in der auf die Nichterfüllung keinen Bezug mehr genommen wurde.⁴⁵⁹ Die Berechtigung der Normen an sich wird nicht diskutiert; vielmehr wird darauf verwiesen, dass es solche Haftungsmilderungen bereits im geltenden Recht gab.⁴⁶⁰ Warum man jedoch die Haftungsmilderung aus dem geltenden Recht übernahm und diese als angebracht erachtete, ergibt sich aus den Beratungen nicht.

Auch in der Rechtslehre wurde auf das bisher geltende Recht als Grund für die Haftungserleichterung verwiesen.⁴⁶¹ Die Haftungsmilderung beruhe auf dem fehlenden Eigeninteresse des Verleihers⁴⁶² oder der wirtschaftlichen Vermögensminderung des

⁴⁵⁵ MüKo/Häublein § 599 Rn. 1; Staudinger/Reuter § 599 Rn. 1.

⁴⁵⁶ Erman/v. Westphalen § 599 Rn. 1.

⁴⁵⁷ Motive zum BGB, Bd. II, S. 446.

⁴⁵⁸ Jakobs/Schubert, Recht der Schuldverhältnisse II, S. 372 (Schenkungen) bzw. S. 695 (Leihe); Motive zum BGB, Bd. II, S. 296 (Schenkungen), S. 446 (Leihe).

⁴⁵⁹ Jakobs/Schubert, Recht der Schuldverhältnisse II, S. 378 (Schenkungen) bzw. S. 696 (Leihe); Protokolle der zweiten Kommission Bd. II, S. 21 (Schenkungen), S. 269 (Leihe).

⁴⁶⁰ Motive zum BGB, Bd. II, S. 296, S. 446.

⁴⁶¹ Oertmann, Recht der SV, § 521 S. 453; § 599 S. 571.

⁴⁶² Oertmann, Recht der SV, § 599 S. 571; Enneccerus, Bürgerliches Recht, Bd. I 2, (1914), § 360, S. 408, Fn. 1; (1927), § 360, S. 429, 430 Fn. 1.

Schenkers.⁴⁶³ In Anlehnung hieran stellt der BGH auf die Großzügigkeit des Schenkers ab.⁴⁶⁴ Falls ein solches Eigeninteresse ausnahmsweise doch vorläge, sei gleichwohl die Haftungserleichterung anwendbar, weil der Gesetzgeber keine Ausnahme normiert habe.⁴⁶⁵ Als Grund wurde also das fehlende Eigeninteresse oder die wirtschaftliche Vermögensminderung gesehen.

[3]. Systematik

Im Kontext des gesamten BGB stehen die unentgeltlichen Verträge Schenkung und Leihe hinter ihrem jeweils entgeltlichen Pendant; dem Kauf und der Miete.⁴⁶⁶

Die grundsätzliche Abweichung dieser Verträge besteht darin, dass eine synallagmatische Gegenleistung gewährt bzw. eben nicht gewährt wird. Der wesentliche Unterschied zwischen dem Erhalten einer Gegenleistung und dem Nichterhalten einer Gegenleistung ist, dass das Vermögen des Schenkers dauerhaft verkleinert wird, während das Vermögen des Verkäufers eine Kompensation für den verkauften Gegenstand erhält. Bei der Miete wird die entgangene Nutzungsmöglichkeit der Mietsache durch den Mieter kompensiert, während der Verleiher keine Kompensation für die entgangene Nutzungsmöglichkeit seiner Leihsache hat. Die wesentliche Differenzierung im Vergleich zu entgeltlichen Verträgen ist also die freiwillige Aufgabe eines Gutes bei unentgeltlichen Verträgen.

Daher wird als Wesensmerkmal der unentgeltlichen Rechtsgeschäfte immer wieder die Uneigennützigkeit des Gebenden herausgestellt. Diese altruistische Handlungsweise sei der Grund für die Haftungsmilderung. Fraglich ist, ob die Uneigennützigkeit oder der Altruismus diese Beobachtung, dass das Vermögen dauerhaft gemindert wird, genau ausdrückt. Da diese freiwillige Aufgabe eines Gutes aufgrund eines Vertrages geschieht, den der Vertragspartner aufgrund der Privatautonomie freiwillig eingeht, kann oft ein uneigennütziges Motiv hinter einem unentgeltlichen Rechtsgeschäft stehen. Jedoch ist das nicht notwendigerweise der Fall. Es ist durchaus denkbar, dass der unentgeltlich leistende andere als altruistische Motive hat. Es kann nämlich durchaus ein nicht pekuniärer Wert im Gegenzug erwartet werden, wie beispielsweise Dankbarkeit. Dann wäre es eine wohl sehr philosophische Frage, ob in einem solchen Fall wahrer Altruismus vorliegt. Aber es kann auch eine ganz konkrete Erwartung hinter einer unentgeltlichen Leistung stehen, wie beispielsweise bei Werbegeschenken:⁴⁶⁷ nämlich dass der Beschenkte sich in einer anderen Rechtsbeziehung bindet, sich etwa zum Kauf einer kostenlos probierten Ware entscheidet. Es ist daher genauer, den Unterschied in einer freiwilligen, dauerhaften Aufgabe eines Gutes aus dem Vermögen zu sehen.

Das erklärt auch besser, warum hier eine Haftungsmilderung besteht: die Haftung läuft auf Haftung aus dem Vermögen hinaus. Gerade dieses Vermögen hat man indes

⁴⁶³ Enneccerus, Bürgerliches Recht, Bd I 2, (1914), § 343, S. 360; (1927), § 343, S. 374.

⁴⁶⁴ BGHZ 93, 23 (27).

⁴⁶⁵ Oertmann, Recht der SV, § 599 S. 571.

⁴⁶⁶ Siehe Übersicht bei Schellhammer, SchuldR nach AGL, Rn. 1420, S. 704.

⁴⁶⁷ Dieses Beispiel bringt Schlechtriem, Gutachten und Vorschläge Band II, S. 1619.

durch den unentgeltlichen Vertrag bereits dauerhaft gemindert. Der konkreten Vermögensminderung steht die abstrakte (weil nur bei Schadenseintritt eingreifende) Möglichkeit gegenüber, eine Haftungsmilderung in Anspruch zu nehmen.

Im Kontext des BGB gibt es aber auch andere einseitig verpflichtende Verträge (e.g. Bürgschaft) oder unvollkommen zweiseitige, nicht synallagmatische Verträge (e.g. zinsloses Darlehen, Auftrag), die keine gesetzlichen Haftungsmilderungen aufweisen. Beim Auftrag allerdings ist streitig, ob eine solche Haftungsmilderung ungeschrieben besteht⁴⁶⁸. Und der zinslose Darlehensvertrag ist nicht ausführlich im BGB geregelt. Vielmehr stellt der entgeltliche Darlehensvertrag im BGB den Regelfall dar.⁴⁶⁹ Das zinslose, also unentgeltliche Darlehen ist gar nicht gesetzlich geregelt. Hieraus kann man keine Schlüsse ziehen, was die gesetzliche Wertung vorgibt.

Um die gesetzliche Wertung zu erkennen, muss man sich die Unterschiede und Gemeinsamkeiten der typenähnlichen Verträge vor Augen führen. Da es sich bei Bürgschaft und zinslosem Darlehen auch um nicht synallagmatische Verträge handelt, die ebenfalls keine Haftungsmilderungen vorsehen, kann das fehlende Synallagma nicht der Grund für die Haftungsmilderung sein. Dies ergibt sich zudem daraus, dass es sich bei der Schenkung um einen einseitig verpflichtenden Vertrag, bei der Leihe um einen unvollkommen zweiseitig verpflichtenden Vertrag handelt. Zwar fehlt beiden die synallagmatische Verknüpfung der Leistungen, jedoch auf unterschiedliche Weise. Das irgendwie geartete Fehlen des Synallagmas kann mithin nicht der relevante Unterschied sein, welcher das Bestehen der Haftungsmilderung erklärt.

Auch das entgeltliche, verzinsliche Darlehen weist Ähnlichkeiten mit der Leihe auf. In beiden Fällen bekommt der Gebende wieder etwas zurück: bei der Leihe erhält er den Gegenstand wieder zurück, beim Darlehen erhält er Geld wieder zurück. Diese beiden Rückgewährpflichten stehen nicht im Synallagma. Beim entgeltlichen Darlehensvertrag hingegen besteht eine Zinszahlungspflicht, welche synallagmatisch ist.⁴⁷⁰ Der Zins ist eine nach der Laufzeit bemessene, gewinn – und umsatzunabhängige Vergütung für den Gebrauch eines auf Zeit überlassenen Kapitals.⁴⁷¹ Beim Sachdarlehensvertrag ist eine Entgeltlichkeit ausdrücklich vorgesehen (§ 609). Der Darlehensgeber bekommt also einen Ersatz dafür, dass er das zur Verfügung gestellte Geld oder die zur Verfügung gestellte Sache in einem gewissen Zeitraum nicht selbst nutzen konnte. So eine Pflicht gibt es im Rahmen des Leihvertrages nicht. Dort wird der Verleiher nicht dafür kompensiert, dass er den verliehenen Gegenstand nicht selbst nutzen konnte. Sogar die durch vertragsgemäße Abnutzung entstandene Verschlechterung der Sache hat der Entleiher nicht zu ersetzen (§ 602). Der Unterschied ist mithin, dass der Verleiher nicht für die entgangene Nutzung kompensiert wird, der Darlehensgeber schon. Letztendlich stellt die-

⁴⁶⁸ S.u.: S. 304.

⁴⁶⁹ Palandt/Weidenkaff § 488 Rn. 14.

⁴⁷⁰ Palandt/Weidenkaff Vorb. v § 488 Rn. 2.

⁴⁷¹ Palandt/Grüneberg § 246 Rn. 2.

se fehlende Kompensation eine dauerhafte und freiwillige Aufgabe eines vermögenswerten Gutes des Verleihers dar.

Im Rahmen der Bürgschaft verpflichtet sich der Bürge, für eine Schuld eines Dritten (Hauptschuldner) einzustehen. Im Verhältnis zwischen Bürgen und Hauptschuldner ist kein gegenseitiger Vertrag gegeben. Jedoch ist aufgrund der *cessio legis* in § 774 eine Rückforderung des Bürgen gegen den Hauptschuldner möglich. Während bei der Schenkung nichts zurückgefordert werden kann oder kein Ersatz geschuldet ist, steht dem Bürgen im Falle einer Zahlung an den Gläubiger ein Anspruch gegen den Hauptschuldner zu. Zudem kann der Bürge je nach Ausgestaltung des Innenverhältnisses zum Hauptschuldner gegen diesen einen Aufwendungsersatzanspruch haben. Der wesentliche Unterschied zwischen Bürgschaft und Schenkung ist mithin, dass der Schenker den endgültigen Verlust der geschenkten Sache hinnimmt, während dem Bürgen aufgrund des Forderungsüberganges ein Forderungsrecht gegen den Hauptschuldner zusteht. Auch ist eine dauerhafte Aufgabe eines vermögenswerten Gutes des Schenkers im Vergleich zum Bürgen gegeben.

Der Vergleich mit den entgeltlichen Pendanten Kauf und Miete, sowie mit typenähnlichen Verträgen wie Darlehen und Bürgschaft hat ergeben, dass in allen dieser Fälle eine irgendwie geartete Kompensation erfolgt, während bei Schenkung und Leihe das Vermögen des Gebenden dauerhaft freiwillig vermindert wird. Nur in Fällen, in denen das Vermögen ohne Kompensationsmöglichkeit dauerhaft vermindert wird, wird eine Haftungserleichterung gewährt. Hier spielen offensichtlich für den Gesetzgeber ökonomische Aspekte eine Rolle: der der sein Vermögen mindert, soll mit diesem erst ab grober Fahrlässigkeit haften müssen.

[4]. Zusammenfassung

Dem Wortlaut alleine ist der Sinn und Zweck der Vorschriften nicht zu entnehmen. Auch in den Beratungen wurde nicht ausdrücklich ein Grund für die Übernahme der Haftungserleichterungen genannt. Die frühe Literatur zum BGB sieht hierin die wirtschaftliche Vermögensminderung des Schenkers bzw. das fehlende Eigeninteresse des Verleihers. Die heutige Literatur und Rechtsprechung sieht vor allem den „Altruismus des Schenkers“ oder die „Uneigennützigkeit des Verleihers“ als Grund für die Haftungsmilderung an.

Aus dem Kontext des BGB ergibt sich, dass im Vergleich zu anderen Verträgen das Vermögen des Schenkers oder Verleihers freiwillig dauerhaft um ein vermögenswertes Gut verringert wird. Kein Grund für die Haftungserleichterung kann das fehlende Synallagma sein, da bereits Schenkung und Leihe unterschiedlich ausgestaltet sind. Eine Uneigennützigkeit muss gleichfalls nicht gegeben sein, da eine andere als eine pekuniäre Gegenleistung erwartet werden kann. Daher ist offensichtlich ein ökonomischer Aspekt gegeben: eine nicht pekuniäre Gegenleistung wird nicht als solche im rechtlichen Sinne betrachtet. Und der, der sein Vermögen dauerhaft vermindert, soll mit diesem Vermögen erst ab grober Fahrlässigkeit haften. Hierbei wird die Vermögenshaftung spiegelbild-

lich verschoben: der konkreten Vermögensminderung steht die eventuelle Möglichkeit gegenüber, eine Haftungsmilderung bei Schadenseintritt in Anspruch zu nehmen.

bb. Ergebnis

Durch die Auslegung hat sich folgender hinter den Normen stehender Sinn und Zweck herauskristallisiert: bei Schenkung und Leihe wird ein vermögenswertes Gut des Schenkers bzw. Verleihers freiwillig dauerhaft weggegeben. Daher soll das Vermögen des Schenkers oder Verleihers nicht mit dem Risiko einer Haftung für leichte Fahrlässigkeit belastet sein; vielmehr wird dies dem Begünstigten überbürdet.

cc. Anwendbarkeit auf Schutzpflichten

Nachdem die innere Berechtigung der Haftungsmilderungen anhand der Systematik des BGB geklärt ist, kann nun versucht werden herauszufinden, welchen Umfang die Haftungsmilderung haben soll.

Streitig ist, ob die Haftungsmilderungen der §§ 521, 599 auch auf die Verletzung von Schutzpflichten anwendbar sind. Schutzpflichten sind Pflichten nach § 241 II; nämlich solche, die die Rücksichtnahme auf Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils, also Erhaltungsinteressen begründen.⁴⁷² Erhaltungsinteressen sind auf die Bewahrung der gegenwärtigen Güterlage der am Schuldverhältnis beteiligten Personen gerichtet (status quo).⁴⁷³ Während die Leistungspflichten auf eine Veränderung der Güterlage abzielen, wollen die Schutzpflichten die gegenwärtigen Güter in ihrem Bestand schützen.⁴⁷⁴

Zur Zeit des Inkrafttretens des BGB waren Schutzpflichten als solche noch nicht normiert. Auch ein Schadensersatzanspruch aufgrund einer Schutzpflichtverletzung fand sich nicht im ursprünglichen BGB. Als feststehendes Institut wurde dies erst durch die Literatur und Rechtsprechung entwickelt. Für die deutsche Rechtslehre wurde die Diskussion mit unter dem Stichwort pVV (positive Vertragsverletzung) begonnen.⁴⁷⁵ Durch die pVV war schon früh anerkannt worden, dass ein Schadensersatz für einen Schaden, der aufgrund einer positiven Handlung entstanden war, zu leisten war.⁴⁷⁶ Im Rahmen dieser positiven Handlungen wurden bereits Fallgruppen besprochen, in denen nicht das Leistungsinteresse, sondern das Integritätsinteresse der anderen Partei beeinträchtigt worden war.⁴⁷⁷ Eine solche Haftung war bereits in Rechtsordnungen vor dem BGB be-

⁴⁷² Medicus/Lorenz, SchuldR I AT, § 1 I 5, Rn. 5, S. 2.

⁴⁷³ Staudinger/Olzen § 241 Rn. 156.

⁴⁷⁴ Staudinger/Olzen § 241 Rn. 160.

⁴⁷⁵ Maßgeblicher Begründer der Diskussion war Hermann Staub mit seiner Monographie: die positiven Vertragsverletzungen (1902).

⁴⁷⁶ Hierüber war man sich weitgehend einig, wobei die Begründungen unterschiedlich waren. Das Reichsgericht stützte sich auf § 276 I (RGZ 52, 18 (19), RGZ 53, 200 (201, 202), 66, 289 (291).) Zusammenfassend zu den Begründungsansätzen der Literatur siehe: Lutz, zur Frage der positiven Vertragsverletzung, S. 14-19.

⁴⁷⁷ RGZ 54, 286 ff. hier ging es um die Zuwiderhandlung gegen ein Wettbewerbsverbot.

kannt gewesen: sowohl im römischen, als auch im gemeinen und im allgemeinen preußischen Landrecht war die Haftung aufgrund schadensstiftender Handlung bekannt gewesen.⁴⁷⁸

Mithin ist davon auszugehen, dass die Möglichkeit der Verletzung einer Schutzpflicht zur Zeit der Entstehung des BGB bekannt war. Jedoch wurde diese erst mit der Schuldrechtsreform von 2002 in § 241 II in Gesetzesform gegossen.⁴⁷⁹

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass das Konzept der Schutzpflicht bereits zur Zeit des Inkrafttretens des BGB bekannt war, wenngleich damals eine andere Rechtsgrundlage hierfür angegeben wurde. Im Laufe des letzten Jahrhunderts entwickelte sich durch Rechtsprechung und Literatur dieses Konzept zu einem feststehenden Begriff, welcher in § 241 II in das Gesetz aufgenommen wurde.

Fraglich ist, ob nach heutiger Rechtslage die Haftungsmilderungen auch auf diese Schutzpflichten anwendbar sein können.

Einer Ansicht nach sollen die §§ 521, 599 uneingeschränkt für jede Verletzung von Schutzpflichten anwendbar sein.⁴⁸⁰ Anderer Ansicht nach soll hingegen immer § 276 I anwendbar sein.⁴⁸¹ Nach einer differenzierenden Auffassung werden die §§ 521, 599 dann angewendet, wenn die Schutzpflichtverletzung im Zusammenhang mit dem Leistungsgegenstand steht, hingegen der § 276 I, wenn ein solcher Zusammenhang mit dem Leistungsgegenstand nicht besteht.⁴⁸²

[1]. Anwendbarkeit der §§ 521, 599 auf Schutzpflichten

Für die Anwendbarkeit der Haftungsmilderungen der §§ 521, 599 auf die Verletzung von Schutzpflichten spreche, dass der Schenker oder Verleiher auch dort mit dem altruistischen Motiv handle.⁴⁸³ Da die Haftung auf dem Utilitätsprinzip beruhe, (nur derjenige soll voll haften, dessen Nutzen (utilitas) der Vertrag dient),⁴⁸⁴ sei die Haftung des Schenkers gemildert.⁴⁸⁵ Es erscheine nicht angebracht, Sachverhalte, welche auf demselben Vertrag beruhen, mit unterschiedlichen Haftungsmaßstäben zu beurteilen.⁴⁸⁶ Der weite Wortlaut des § 521 (und des § 599) erlaube eine solche Anwendung auf die Verletzung vertraglicher Nebenpflichten.⁴⁸⁷

⁴⁷⁸ Lutz, zur Frage der positiven Vertragsverletzung, S. 53.

⁴⁷⁹ Schellhammer, SchuldR nach AGL, Rn. 1670, S. 809.

⁴⁸⁰ Staudinger/Wimmer-Leonhardt § 521 Rn. 11; so noch Medicus, SchuldR II BT, § 86 IV 4, Rn. 176, S. 70 (14. Auflage 2007); Medicus, FS Odersky, S. 589 ff.

⁴⁸¹ Erman/Hermann § 521 Rn. 3; Schlechtriem, Vertragsordnung und außervertragliche Haftung, S. 335; Larenz, SchuldR BT Bd. II 1, § 47 II a, S. 202.

⁴⁸² BGHZ 93, 23 (27); Bamberger/Roth/Gehrlein § 521 Rn. 5; Soergel/Heintzmann § 599 Rn. 6; Erman/Hermann § 521 Rn. 3; MüKo/Koch § 521 Rn. 5; Looschelders, SchuldR BT § 17, Rn. 317, S. 104.

⁴⁸³ Staudinger/Wimmer-Leonhardt § 521 Rn. 11.

⁴⁸⁴ Medicus/Lorenz, SchuldR II BT, § 72 III 1, Rn. 5, S. 2.

⁴⁸⁵ Medicus/Lorenz, SchuldR II BT, § 91 IV 1, Rn. 390, S. 140.

⁴⁸⁶ Staudinger/Wimmer-Leonhardt § 521 Rn. 11.

⁴⁸⁷ Staudinger/Wimmer-Leonhardt § 521 Rn. 11.

Gerade bei Begleitschäden könne ein Schaden in kaum vorhersehbarem Umfang entstehen, die Haftungsmilderung sei gerade hier besonders wichtig für den Schenker oder Verleiher, der nicht mit unangemessen hohem Risiko belastet werden soll.⁴⁸⁸ Andernfalls wäre der Schutzzweck der Haftungsmilderung stark beeinträchtigt.⁴⁸⁹

Allerdings sehen auch die Vertreter dieser Ansicht die Notwendigkeit einer Beschränkung; daher schlägt etwa Medicus vor, die Haftungsmilderung bereits im Pflichtenprogramm zu berücksichtigen und begründet dies wie folgt: Die Haftungsprivilegierungen bezögen sich auf das Verschulden, welches seinerseits den Verstoß gegen Pflichten voraussetze.⁴⁹⁰ Bereits bei diesen Pflichten müsse die Unentgeltlichkeit des Vertrages berücksichtigt werden.⁴⁹¹ Auf der zunächst maßgeblichen Pflichtenebene sei eine Beschränkung auf Leistungspflichten nicht möglich, da es gleichermaßen Schutzpflichten gebe.⁴⁹² Die Ausgestaltung dieser Pflichten nun seien durch wertungsmäßige Überlegungen zu erreichen: ein etwaiger Eigennutz des Schenkers sei kein heranziehbares Kriterium für die Beschränkung der Haftungsmilderung, weil die dahinter stehende Motivation oft schwierig zu erkennen sei und nicht notwendigerweise die rechtmäßigen Erwartungen des Beschenkten in die Betrachtung mit einbeziehe.⁴⁹³ Die überlegene Sachkunde des Schenkers hingegen sei ein gutes Kriterium, um die Pflichten zu umschreiben: regelmäßig kenne der Schenker die Sache, so dass ein Wissensgefälle unabhängig von der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit des Geschäfts immer vorläge.⁴⁹⁴ Zudem könne dieses Wissensgefälle die Leistungserwartungen des anderen Teils mitbestimmen.⁴⁹⁵ Nach dieser Sichtweise müsse nach einem Verschulden dann nicht mehr gefragt werden, wenn bereits die Pflichtverletzung zu verneinen sei.⁴⁹⁶ Da die Abgrenzung zwischen Pflichtverletzung und Verschulden durch das Ineinandergreifen der beiden Aspekte schwer zu trennen sei, sei eine Anwendung auf das Erhaltungsinteresse zu befürworten.⁴⁹⁷

Später nähert sich das Lehrbuch von Medicus durch Lorenz jedoch eher der Rechtsprechung des BGH an (siehe unten), wonach es auf einen Zusammenhang mit der verliehenen Sache ankommt.⁴⁹⁸

Gegen eine solche weite Sicht spreche, dass die Haftungsmilderung überspannt werde, wenn sie auf alle Formen der vertraglichen Haftung anwendbar sei.⁴⁹⁹ Selbst bei kleinsten

⁴⁸⁸ Medicus, FS Canaris, S. 835 (847).

⁴⁸⁹ Medicus, FS Canaris, S. 835 (847).

⁴⁹⁰ Medicus, FS Odersky, S. 589 (594).

⁴⁹¹ Medicus, FS Odersky, S. 589 (594).

⁴⁹² Medicus, FS Odersky, S. 589 (597).

⁴⁹³ Medicus, FS Odersky, S. 589 (598).

⁴⁹⁴ Medicus, FS Odersky, S. 589 (598).

⁴⁹⁵ Medicus, FS Odersky, S. 589 (599).

⁴⁹⁶ Medicus, FS Odersky, S. 589 (601).

⁴⁹⁷ Medicus, FS Odersky, S. 589 (602).

⁴⁹⁸ Medicus/Lorenz, SchuldR II BT, § 91 IV 3 b), Rn. 395, S. 141.

⁴⁹⁹ MüKo/Koch § 521 Rn. 5.

Zuwendungen sei eine Verkürzung der Ansprüche des Beschenkten hinzunehmen.⁵⁰⁰ Das altruistische Motiv sei in solchen Fällen kein hinreichender Grund für diese weitgehende Haftungseinschränkung.⁵⁰¹

[2]. Anwendbarkeit des § 276 I auf Schutzpflichten

Für die generelle Anwendbarkeit des § 276 sprechen sich auch einige aus. Da es sich in diesen Konstellationen nicht um das Erfüllungs – sondern um das Erhaltungsinteresse handele, sei grundsätzlich § 276 anzuwenden.⁵⁰² Die Schutzpflichten seien vom Vertragsgegenstand unabhängig und könnten daher nicht wie die Leistungspflichten behandelt werden.⁵⁰³ Schließlich könne die Freigiebigkeit nur zu den Vertragserwartungen, nicht jedoch zum allgemeinen Güterschutz in Bezug gesetzt werden.⁵⁰⁴ Die Uneigennützigkeit könne es nicht rechtfertigen hinsichtlich der Erhaltung fremder Rechtsgüter eine geringere Sorgfalt als die im Verkehr erforderliche anzuwenden.⁵⁰⁵ Daher könne die Haftungsmilderung nur im Hinblick auf die Leistung des Schenkers selbst angewendet werden, nicht jedoch auf die Schutzpflichten.⁵⁰⁶

Schließlich schütze § 521 nicht das Integritätsinteresse, sondern nur das Leistungsinteresse, da schon die Materialien zum BGB für eine enge Auslegung sprächen.⁵⁰⁷ Hiergegen könne nicht der weite Wortlaut der Vorschrift angebracht werden, weil nach der damaligen Reichweite der vertraglichen und deliktischen Haftung hierfür kein Anlass gegeben gewesen sei – nach den damaligen Vorstellungen sei eine Haftung nur bei Nichterfüllung von Leistungspflichten in Betracht gekommen, nicht aber bei Verletzung des Integritätsinteresses.⁵⁰⁸ Eine Einschränkung des Integritätsinteresses ließe sich einzig aus einem allgemeinen Rechtssatz begründen, welcher im BGB so jedoch nicht vorhanden sei.⁵⁰⁹ Wenn nun das Integritätsinteresse betroffen sei, so geschehe ein Eingriff in das Vermögen des Beschenkten, weshalb die Schenkung dann nicht mehr unentgeltlich sei.⁵¹⁰ Der Vermögensschaden wirke sich dann aus wie ein Entgelt, wobei keine rechtliche Gegenseitigkeit, gleichwohl sicherlich eine wirtschaftliche Entgeltlichkeit entstünde.⁵¹¹ Dann falle aber der Grund für die Haftungsmilderung – die Unentgeltlichkeit – weg.⁵¹²

⁵⁰⁰ MüKo/Koch § 521 Rn. 5.

⁵⁰¹ MüKo/Koch § 521 Rn. 5.

⁵⁰² Erman/Hermann § 521 Rn. 3.

⁵⁰³ Gerhardt, JuS 1970, 597 (600).

⁵⁰⁴ Schlechtriem, Vertragsordnung und außervertragliche Haftung, S. 335.

⁵⁰⁵ Larenz, SchuldR BT Bd. II 1, § 47 II a, S. 202.

⁵⁰⁶ Larenz, SchuldR BT Bd. II 1, § 47 II a, S. 202.

⁵⁰⁷ Stoll, JZ 1985, 384 (385).

⁵⁰⁸ Stoll, JZ 1985, 384 (385).

⁵⁰⁹ Stoll, JZ 1985, 384 (386).

⁵¹⁰ Grundmann, AcP 198 (1998), 457 (468).

⁵¹¹ Grundmann, AcP 198 (1998), 457 (468).

⁵¹² Grundmann, AcP 198 (1998), 457 (468).

Ein Wertungswiderspruch zu § 524 sei nicht gegeben: schließlich sei § 524 eine Vorschrift, welche lediglich auf das Erfüllungsinteresse bezogen sei – „einem geschenkten Gaul schaut man nicht ins Maul“.⁵¹³

Unbillige Ergebnisse können dadurch vermieden werden, dass im Rahmen der parallelen deliktischen Haftung die allgemeinen Verkehrspflichten nach dem Rechtskreis des jeweiligen Verschenkers oder Verleihers bestimmt werden.⁵¹⁴

Hiergegen wird angeführt, dass durch diese Lösung ein Wertungswiderspruch zu § 524 bestehe;⁵¹⁵ für Schäden, die aufgrund eines Mangels der verschenkten Sache bestünden, würde nur im Fall der Arglist gehaftet.⁵¹⁶ Wäre hingegen die Sache an sich bereits gefährlich – ohne jedoch mangelhaft zu sein – müsste nach dieser Ansicht bereits für leichte Fahrlässigkeit bei Verletzung der Hinweispflichten bezüglich der Gefährlichkeit der Sache eingestanden werden.⁵¹⁷

Sinn und Zweck der Norm sprächen dagegen, den altruistisch Handelnden der vollen Härte des Vertragsrechts auszusetzen.⁵¹⁸ § 599 knüpfe an die Leistungspflicht des Verleihers und an die geliehene Sache an.⁵¹⁹ Eine Differenzierung nach Erfüllung – und Integritätsinteresse hingegen finde im Gesetz keine Stütze.⁵²⁰ Der Wortlaut des Gesetzes sei allgemein gefasst; eine Beschränkung auf eine „Fahrlässigkeit in Ansehung der Erfüllung“ sei nicht gegeben.⁵²¹

Bei der dieser Ansicht zugrunde liegenden Interessensbewertung werde einseitig auf die Schutzbedürftigkeit des Beschenkten bzw. Entleihers eingegangen.⁵²² Den Interessen des selbstlos leistenden hingegen werde nicht Genüge getan.⁵²³ Dieser sei zwar zu einem Vermögensopfer bereit; jedoch könne nicht angenommen werden, dass diese Bereitschaft weit über den Wert des geschenkten Gegenstandes hinausgehe.⁵²⁴ Dies könne vom Beschenkten nicht anders erwartet werden.⁵²⁵

Alleine unter Hinweis auf den hohen Rang der geschützten Rechtsgüter könne die Erstickung des Haftungsprivilegs nicht verneint werden, da durch das Haftungsrechts nur eine „Verlagerung und keine Aufhebung des Schadens“ gelingen könne.⁵²⁶ Vielmehr müs-

⁵¹³ Stoll, JZ 1985, 384 (385).

⁵¹⁴ Schlechtriem, Vertragsordnung und außervertragliche Haftung, S. 335; Stoll, JZ 1985, 384 (386).

⁵¹⁵ BGHZ 93, 23 (28); MüKo/Koch § 521 Rn. 5.

⁵¹⁶ BGHZ 93, 23 (28); so auch: Grundmann, AcP 198 (1998), 457 (470).

⁵¹⁷ BGHZ 93, 23 (28); MüKo/Koch § 521 Rn. 5.

⁵¹⁸ MüKo/Häublein § 599 Rn. 3.

⁵¹⁹ Soergel/Heintzmann § 599 Rn. 3.

⁵²⁰ Soergel/Heintzmann § 599 Rn. 3.

⁵²¹ Medicus, FS Odersky, S. 589 (593); so aber die Motive zum BGB, Bd. II, S. 296.

⁵²² Medicus, FS Odersky, S. 589 (592).

⁵²³ Medicus, FS Odersky, S. 589 (592).

⁵²⁴ Medicus, FS Odersky, S. 589 (592).

⁵²⁵ Medicus, FS Odersky, S. 589 (592).

⁵²⁶ Medicus, FS Odersky, S. 589 (592).

sten die Interessen der Beteiligten gegeneinander abgewogen werden und nicht die Interessen des Geschädigten einseitig begünstigt werden.⁵²⁷

[3]. Anwendung der Haftungsmilderungen wenn Zusammenhang

Für eine differenzierte Betrachtungsweise spreche folgendes: Die Freigiebigkeit des Schenkers, bzw. der Altruismus der Verleiher – und somit die Haftungsmilderung – sei immer dann relevant, wenn der Schaden im Zusammenhang mit der geschenkten bzw. verliehenen Sache stehe.⁵²⁸ Schließlich sei der Zweck der Haftungsmilderung, die Haftung dann zu erleichtern, wenn der Schaden mit dem Charakter der Schenkung oder Leihe zu tun habe;⁵²⁹ der Gesetzgeber habe den Schenker dann privilegieren wollen, wenn es um die Erfüllung des Schenkungsversprechens gehe.⁵³⁰ Der Schutzzweck der Haftungsmilderung wolle den altruistisch Tätigen gerade in dieser Beziehung besser stellen; eine Haftungsmilderung sei daher nur dann zu gewähren, wenn der Schutzzweck dies erfordere; nämlich nur dann, wenn ein Zusammenhang der Verletzung mit der Uneigennützigkeit des Vertragspartners bestehe.⁵³¹

Auch der BGH nimmt an, dass „die Freigiebigkeit der einen Seite nur zu den Vertragserwartungen des Begünstigten in Beziehung gesetzt werden“ könne.⁵³² Daher sei eine Haftungsmilderung dann nicht angebracht, wenn eine Verletzung von Schutzpflichten gegeben sei, welche keinen Zusammenhang mit dem Vertragsgegenstand aufweise.⁵³³ Solange die Schäden im Rahmen der Vertragserwartung lägen, sei angebracht, einen mildernden Maßstab aufgrund der Uneigennützigkeit anzuerkennen.⁵³⁴

Gegen diese Herangehensweise wird angeführt, dass sie teilweise wertungswidersprüchlich sei:⁵³⁵ schließlich handele der Schenker oder Verleiher in allen Fällen mit demselben altruistischen Motiv.⁵³⁶ Schon die Entstehungsgeschichte des § 521 belege, dass die Intention der Vorschrift sich nur auf das Ausbleiben der typischen Vertragserwartung bezog.⁵³⁷ Auch die weite Fassung könne hieran nichts ändern, da die Gesetzgebungsmaterialien insoweit eindeutig seien.⁵³⁸ Folge man der Ansicht des BGH, so mindere die Annahme einer Schenkungsofferte den allgemeinen Rechtsgüterschutz des Beschenkten,⁵³⁹

⁵²⁷ Medicus, FS Odersky, S. 589 (592).

⁵²⁸ MüKo/Koch § 521 Rn. 5; MüKo/Häublein § 599 Rn. 3; Looschelders, SchuldR BT § 17, Rn. 317, S. 104.

⁵²⁹ Soergel/Heintzmann § 599 Rn. 3.

⁵³⁰ Soergel/Mühl/Teichmann Vorbem zu § 521 Rn. 7.

⁵³¹ Thiele, JZ 1967, 649 (654).

⁵³² Kartoffelpülpe-Fall: BGHZ 93, 23 (27); hieran schließen sich die Instanzgerichte an: OLG Celle VersR 2006, 1085 (1085); OLG Celle; VersR 1995, 547 (547); OLG Stuttgart, VersR 1993, 192 (193).

⁵³³ BGHZ 93, 23 (27).

⁵³⁴ BGHZ 93, 23 (29).

⁵³⁵ Staudinger/Wimmer-Leonhardt § 521 Rn. 11.

⁵³⁶ Staudinger/Wimmer-Leonhardt § 521 Rn. 11.

⁵³⁷ Schlechtriem, Vertragsordnung und außervertragliche Haftung, S. 333.

⁵³⁸ Schlechtriem, VersR 1973, 581 (585).

⁵³⁹ Schlechtriem, SchuldR BT, § 5 Rn. 175, S. 89.

weshalb eine Schenkung absurderweise im Minderjährigenrecht niemals einen lediglich rechtlichen Vorteil darstellen könne.⁵⁴⁰

Daher könne eine Beschränkung, wie der BGH sie vornehme, nur auf einen allgemeinen Rechtssatz gegründet werden, während es sich hierbei jedoch lediglich um eine Erfahrungsregel handle⁵⁴¹, nämlich Regelungen mit ähnlichen Grundgedanken.⁵⁴² Zudem sei ein Wertungswiderspruch gerade nach der Lösung des BGH gegeben: dann würde für Mangel – und Mangelfolgeschäden nur im Fall der Arglist gehaftet werden,⁵⁴³ dies sei aber unbillig und wohl selbst vom BGH nicht gewollt, der daher die Sache im Pülpe-Fall als mangelfrei bewertet hatte, weil sonst § 524 gegriffen hätte und damit eine Haftung nur für Arglist gegeben gewesen wäre.⁵⁴⁴

[4]. Würdigung

Um diese Frage zu beurteilen muss zunächst geklärt werden, was für vertragliche Pflichten es überhaupt generell gibt. Zum einen gibt es die Hauptleistungspflicht, die gem. § 241 I in der zwischen Schuldner und Gläubiger vereinbarten Handlung oder Unterlassung besteht. Zudem existiert die Nebenleistungspflicht; diese fällt auch unter § 241 I und ist eine zur Hauptleistung akzessorische Pflicht, die sich auf das Äquivalenz – nicht aber auf das Integritätsinteresse bezieht.⁵⁴⁵ Hier jedoch geht es um die Nebenpflichten oder Schutzpflichten gem. § 241 II, die sich durch den fehlenden Leistungsbezug auszeichnen und – anders als die Pflichten des § 241 I – nicht das Äquivalenz – sondern das Integritätsinteresse betreffen.⁵⁴⁶

Schutzpflichten können unabhängig von Leistungspflichten bestehen⁵⁴⁷ und sind ihrer Struktur nach verschieden.⁵⁴⁸ Sie beziehen sich grundsätzlich nicht auf den Leistungsgegenstand; vielmehr bezwecken sie den Schutz von sonstigen Rechtsgütern als dem Leistungsgegenstand. Ihre Besonderheit im Schuldverhältnis liegt „unzweifelhaft darin, dass für sie die Rollen von Gläubiger und Schuldner nicht von vorneherein festliegen“.⁵⁴⁹ Schutzpflichten treffen beide Parteien gleichermaßen. Im Rahmen der Schenkung und der Leihe jedoch sind die Parteirollen – anders als im Kaufvertrag – nicht so gestaltet, dass jeder eine Leistung erbringt. Der Käufer ist Gläubiger des Gegenstandes und Schuldner des Geldes, während der Verkäufer Gläubiger des Geldes und Schuldner des Gegenstandes ist. Hier besteht ein Synallagma.

⁵⁴⁰ Schlechtriem, SchuldR BT, § 5 Rn. 175, S. 89.

⁵⁴¹ Esser/Weyers, SchuldR Bd II BT 1, § 25 III, S. 210.

⁵⁴² Esser/Weyers, SchuldR Bd II BT 1, § 12 II 2, S. 125.

⁵⁴³ Stoll, JZ 1985, 384 (385).

⁵⁴⁴ Schlechtriem, BB 1985, 1356 (1358).

⁵⁴⁵ Staudinger/Olzen § 241 Rn. 151.

⁵⁴⁶ Staudinger/Olzen § 241 Rn. 153.

⁵⁴⁷ Canaris, JZ 1965, 475 (476).

⁵⁴⁸ Canaris, JZ 1965, 475 (478).

⁵⁴⁹ Medicus, FS Canaris, S. 835 (840).

Bei der Schenkung hingegen handelt es sich um einen einseitig verpflichtenden Vertrag⁵⁵⁰, bei dem nur der eine Teil zu einer Leistung verpflichtet wird. Bei der Leihe hingegen trifft den Entleihenden die Pflicht der Rückgabe; hierbei handelt es sich jedoch nur um eine Pflicht im Abwicklungsstadium, daher ist zwar ein unvollkommen zweiseitig verpflichtender Vertrag gegeben, jedoch kein Synallagma.⁵⁵¹ Somit handelt es sich bei beiden Vertragsarten um nicht synallagmatische Verträge.

Es wird eine Leistung erbracht, bei der keine Gegenleistung um der Leistung willen erwartet wird. Fraglich ist nun, ob diese einseitige uneigennützige Leistung es rechtfertigt, den Schenker oder Verleiher auch im Hinblick auf Schutzpflichten milder haften zu lassen, und wenn ja unter welchen Voraussetzungen.

Um herauszufinden, ob die Haftungsprivilegierungen auf Schutzpflichten anwendbar sind, müssen die Vorschriften ausgelegt werden.

[a]. Wortlaut

Problematisch ist, was mit „Haftung“ gemeint ist, also deren Umfang. Dieser Umfang wird im Wortlaut der Vorschrift nicht näher bestimmt. Fraglich ist, ob aus der entstehungsgeschichtlich-fachsprachlichen Sicht auch Schutzpflichten hierunter fielen. Zwar waren die Schutzpflichten bei der Schaffung des BGB noch nicht in § 241 II normiert, jedoch grundsätzlich bekannt. Der Wortlaut weist keine Einschränkung auf, anhand der erkennbar wäre, dass nur leistungsbezogene Pflichten aus dem Schuldverhältnis gemeint sein sollten. Da der Wortlaut keine dementsprechende Einschränkung enthält, ergibt die Auslegung nach dem Wortlaut, dass eine Anwendbarkeit der Haftungsprivilegierung auf Schutz – und Nebenpflichten möglich ist.

Dies stimmt mit dem heutigen Wortlautverständnis überein: der weite Wortlaut lässt die Subsumption von Nebenpflichten, welche nun in § 241 II ausdrücklich normiert sind, zu.

Von den Befürwortern der Anwendbarkeit des § 276 auf Schutzpflichten wird angeführt, dass nach der damaligen Reichweite der vertraglichen Haftung eine Einschränkung des Wortlautes nicht notwendig gewesen sei.⁵⁵² Hier wird zwar erkannt, dass das Konzept der Schutzpflichten damals noch nicht abgeschlossen entwickelt war. Jedoch wird nicht bedacht, dass die generelle Möglichkeit von nicht leistungsbezogenen Nebenpflichten bereits bestand.

Die Auslegung des Wortlautes spricht mithin dafür, die Haftungsmilderung auch auf Schutzpflichten anzuwenden.

⁵⁵⁰ Schellhammer, SchuldR nach AGL, Rn. 1418, 703.

⁵⁵¹ Schellhammer, SchuldR nach AGL, Rn. 1418, S. 703.

⁵⁵² S.o.: S. 70: Stoll, JZ 1985, 384 (385).

[b]. *Historie/Genetik*

Im ersten Entwurf wurde noch auf die Nichterfüllung Bezug genommen,⁵⁵³ während nach der endgültigen Fassung der zweiten Kommission die Nichterfüllung nicht mehr erwähnt wird.⁵⁵⁴ Ausdrücklich wird nicht angeführt, warum der Wortlaut der Vorschrift verändert wurde. Bei der Schenkung wurde nach Annahme der ersten Fassung diskutiert, ob nicht die einfache Bestimmung genüge, dass der Schenker dem Beschenkten nur wegen Vorsatz und grober Fahrlässigkeit hafte.⁵⁵⁵ Hieraus lässt sich entnehmen, dass dem Sinn nach keine Veränderung der Vorschrift gewollt war, sondern lediglich eine Vereinfachung angestrebt wurde. Für die Leihe wurde auf die Schenkung verwiesen.⁵⁵⁶ Im Rahmen der Schenkung findet sich auch die Bemerkung, das Missverständnis, dass die Haftung sich nicht auf die unmittelbar aus dem Gesetze sich ergebenden Verpflichtungen beziehe, sei beseitigt.⁵⁵⁷ Mit anderen Worten: die Haftungsmilderung war für jene Pflichten gewollt, die sich unmittelbar aus dem Gesetz ergeben. Hierbei wurde mangels Normierung der Schutzpflichten vor allem an Leistungspflichten gedacht. Schließlich ergaben sich aus dem Gesetz zum damaligen Zeitpunkt vor allem die Hauptleistungspflichten. Andererseits wurden Schutzpflichten bereits aus verschiedenen Normen analog hergeleitet. Zudem war der heutige § 242, auf den später die Schutzpflichten gestützt wurden,⁵⁵⁸ bereits in § 224 der alten Fassung angelegt. Daher scheint es, dass zwar bei der Beratung zum Gesetz nicht ausdrücklich an Schutzpflichten gedacht wurde. Aber da diese bereits in ihrer Konzeption angelegt waren, wäre eine Einbeziehung der Schutzpflichten aus systematischen Gründen logisch gewesen.

Von den Gegnern der Anwendbarkeit der Haftungsmilderung auf Schutzpflichten werden die Materialien so interpretiert, dass die Haftungsmilderung nur das Leistungsinteresse, nicht aber das Integritätsinteresse schützen wollte.⁵⁵⁹ Richtig ist, dass in der ersten Fassung ausdrücklich auf die Nichterfüllung, somit auf das Leistungsinteresse Bezug genommen wurde. Auch ist anzunehmen, dass mit der Änderung des Wortlautes keine inhaltliche Änderung gewollt war. Jedoch könnte dies nur einen Rückschluss auf die Verletzung von Schutzpflichten geben, wenn diese ausdrücklich behandelt worden wären. Dies ist jedoch nicht der Fall.

Das Problem, das sich nun stellt ist, dass der Gesetzgeber wohl nicht an Schutzpflichten gedacht hat. Im Prinzip könnte man sagen, es wurde vergessen zu erörtern. Dies ist

⁵⁵³ Jakobs/Schubert, *Recht der Schuldverhältnisse II*, S. 372 (Schenkungen) bzw. S. 695 (Leihe); *Motive zum BGB*, Bd. II, S. 296 (Schenkungen), S. 446 (Leihe).

⁵⁵⁴ Jakobs/Schubert, *Recht der Schuldverhältnisse II*, S. 378 (Schenkungen) bzw. S. 696 (Leihe); *Protokolle der zweiten Kommission Bd. II*, S. 21 (Schenkungen), S. 269 (Leihe).

⁵⁵⁵ Jakobs/Schubert, *Recht der Schuldverhältnisse II*, S. 373.

⁵⁵⁶ Jakobs/Schubert, *Recht der Schuldverhältnisse II*, S. 693.

⁵⁵⁷ Jakobs/Schubert, *Recht der Schuldverhältnisse II*, S. 373.

⁵⁵⁸ BGHZ 11, 80 (84).

⁵⁵⁹ S.o.: S. 69 ff.; Stoll, JZ 1985, 384 (385) und Schlechtriem, *Vertragsordnung und außervertragliche Haftung*, S. 333.

für den Rechtsanwender eine missliche Situation. Die genetische Auslegung kann keine gesicherten Anhaltspunkte ergeben.

Die historische Auslegung zeigt, dass das Bewusstsein für diese Thematik erst später eintrat. In der Literatur wurde diese Konstellation teilweise gar nicht thematisiert.⁵⁶⁰ Teilweise wurde, ohne dass Diskussionsbedarf gesehen wurde, angenommen, dass die Haftungserleichterungen bei pVV anwendbar sein sollten.⁵⁶¹ In der Rechtsprechung wurde die Haftungsmilderung v.a. im Kartoffelpülpelfall⁵⁶² relevant. Dort wurde festgestellt, dass die Haftungsmilderung nur dann Anwendung finden könne, wenn eine Verletzung von Schutzpflichten bestehe, die einen Zusammenhang mit dem Vertragsgegenstand habe, weil andernfalls der Zweck der Haftungsmilderung hiergegen spreche; dieser sei nur hinsichtlich des altruistischen Vertragsgegenstands relevant.⁵⁶³ Durch diesen Fall wurde in der Literatur ein Problembewusstsein eröffnet. Inzwischen ist diese BGH-Lösung auch eine sehr weit verbreitete Ansicht in der Literatur.⁵⁶⁴ Desgleichen haben sich die Instanzgerichte dem BGH angeschlossen.⁵⁶⁵ Einer Ansicht nach soll auf Schutzpflichtverletzungen immer § 276 anwendbar sein,⁵⁶⁶ einer m.M. nach hingegen immer die §§ 521, 599.⁵⁶⁷ Zwar kann man wohl in der neueren Literatur die Befürworter der Rechtsprechung des BGH inzwischen als herrschende Meinung bezeichnen; eine ganz überwiegende Billigung bzw. allgemeine Anerkennung, wie es die Herausbildung von Gewohnheitsrecht voraussetzt, ist jedoch (noch) nicht vorhanden. Die historische Auslegung zeigt mithin eine Entwicklung, welche möglicherweise zur Akzeptanz der vermittelnden Ansicht führen wird.

[c]. Systematik

Die Bestimmung über die Schutzpflichten, welche in das BGB übernommen wurde, steht im Allgemeinen Teil des Schuldrechts. Sie gilt somit für alle besonders geregelten Verträge des BGB. Aus dem Kontext des heutigen BGB ergibt sich, dass in anderen Verträgen zwischen Hauptleistungen – und Schutzpflichten in Bezug auf den Haftungsmaßstab nicht differenziert wird. Allerdings gibt es dort keine Differenzierungsmöglichkeit, weil keine Haftungsbeschränkungen normiert sind. Einerseits könnte man das Fehlen der Haftungsmilderungen in anderen Verträgen als Indiz sehen, dass beim Bestehen ei-

⁵⁶⁰ Siehe etwa: Enneccerus, Bürgerliches Recht, Bd I 2, (1914), § 343, S. 360; § 360, S. 408; (1927), § 343, S. 374; § 360, S. 429.

⁵⁶¹ Oertmann, Recht der SV, § 521 S. 453; § 599 S. 571; BGB-RGRK § 521 Anm. 2.

⁵⁶² BGHZ 93, S. 23 ff.

⁵⁶³ BGHZ 93, 23 (27).

⁵⁶⁴ S.o. S. 71: Bamberger/Roth/Gehrlein § 521 Rn. 5; Soergel/Heintzmann § 599 Rn. 6; Erman/Hermann § 521 Rn. 3; MüKo/Koch § 521 Rn. 5; Looschelders, SchuldR BT § 17, Rn. 317, S. 104.

⁵⁶⁵ OLG Köln, Urteil vom 11.03.2008; AZ 3 U 145/07 http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/koeln/j2008/3_U_145_07urteil20080311.html; OLG Celle VersR 2006, 1085 (1085); OLG Celle; VersR 1995, 547 (547); OLG Stuttgart, VersR 1993, 192 (193).

⁵⁶⁶ S.o. S. 69: Erman/Hermann § 521 Rn. 3; Schlechtriem, Vertragsordnung und außervertragliche Haftung, S. 335; Larenz, SchuldR BT Bd. II 1, § 47 II a, S. 202.

⁵⁶⁷ S.o. S. 67: Staudinger/Wimmer-Leonhardt § 521 Rn. 11; so noch Medicus, SchuldR II BT, § 86 IV 4, Rn. 176, S. 70 (14. Auflage 2007); Medicus, FS Odersky, S. 589 ff.

ner solchen eine umfassende Haftungsmilderung gewollt sein muss; mithin eine solche, die für Schutzpflichten gilt. Andererseits stellt sich die Frage, warum ausgerechnet bei der Schenkung und der Leihe ein so weitgehender Schutz gegeben sein sollte, wenn bei anderen ähnlichen Vertragstypen kein annähernd ähnlicher Schutz gegeben ist. Auch nach der Systematik lässt sich keine gesicherte Aussage machen.

[d]. *Telos*

Der Zweck der Vorschrift wurde oben herausgearbeitet: es soll derjenige, welcher ein dauerhaftes, freiwilliges Vermögensopfer gebracht hat, nicht zusätzlich sein Vermögen für eine Haftung nach Vorsatz und Fahrlässigkeit bereithalten müssen. Die kompensationslose Weggabe eines vermögenswerten Gutes rechtfertigt es nach der Konzeption des Gesetzgebers, den Umfang der Haftung zu beschränken. Die Vermögensminderung auf der einen Seite führt zu einer Minderung der Vermögenshaftung auf der anderen Seite.

Die Frage ist also: ist es im Rahmen von vertraglichen Schutzpflichtverletzungen relevant, dass der Schenker sein Vermögen vermindert hat? Oder ist diese Vermögensminderung nur im Rahmen der Hauptleistungspflichtverletzung relevant? Eine deutliche Antwort hierauf gibt der Gesetzgeber nicht. Auch der Zweck der Vorschrift beantwortet diese Frage nicht. Anhand des Zweckes mag man in die eine oder andere Richtung argumentieren; einerseits ist die Vermögensminderung endgültig, so dass diese gegeben ist, wenn eine Schutzpflicht verletzt wird. Andererseits sind viele Schutzpflichten bei allen Verträgen zu beachten, mithin auch bei solchen, so es keine dauernde Vermögensminderung gibt. Welchen Umfang die Haftung konkret haben muss, ist also letztlich eine Wertungsfrage, welche der Rechtsanwender versuchen muss im Einklang mit der sonstigen Rechtsordnung zu entscheiden.

Es wird von den Befürwortern der Anwendbarkeit der Haftungsmilderung angeführt, dass nur derjenige voll haften soll, dessen Nutzen (*utilitas*) der Vertrag dient.⁵⁶⁸ Allerdings ist bereits dargelegt worden, dass Zweck der Haftungsmilderung gerade nicht die Uneigennützigkeit ist, sondern die faktische Vermögensverkleinerung des Gebenden. Der Nutzen des Vertrages liegt nicht immer eindeutig auf der Seite des Beschenkten oder Entleihers. Daher ist dieser Ansatzpunkt nicht für eine allgemein gültige Lösungsmöglichkeit geeignet. Auch wird angebracht, dass alle Sachverhalte auf demselben Vertrag beruhen und daher immer der Haftungsmaßstab der §§ 521, 599 angewendet werden müsse.⁵⁶⁹ Die Frage, die sich stellt, ist, ob die Vermögensminderung zudem bewirken soll, dass der Schuldner Pflichten, die er abstrakt von der Schenkung oder Leihe hat, weniger pflichtbewusst erfüllen können darf. Diese Frage kann aber nicht mit dem Verweis auf einen einheitlichen praktischen Lebenssachverhalt beantwortet werden, da juristisch gesehen unterschiedliche Pflichten relevant werden. Im Rahmen der Schutzpflichtverletzungen können ebenfalls nicht schenkungs – oder leihvertraglich spezifische Pflichten relevant werden, während die Erfüllung der Hauptleistungspflicht immer konkret mit der Schenkung oder Leihe zu tun hat. Es wird angeführt, dass gerade bei Begleit-

⁵⁶⁸ Medicus/Lorenz, SchuldR II BT, § 72 III 1, Rn. 5, S. 2.

⁵⁶⁹ Staudinger/Wimmer-Leonhardt § 521 Rn. 11.

schäden ein besonders großer Schaden entstehen kann und dass deswegen gerade in solchen Fällen die Haftungsmilderung gelten müsse.⁵⁷⁰ Jedoch kann es auf die Höhe des Schadens nicht ankommen, da die Haftungsmilderung sich ausdrücklich auf eine Verhaltenspflicht bezieht und nicht auf die Höhe des Schadens. Der Schaden, der aufgrund von Schutzpflichtverletzungen eintritt, ist oftmals ein Schaden an absolut geschützten Rechtsgütern; im Rahmen der Schenkung werden wohl Aufklärungs – und Fürsorgepflichten den relevantesten praktischen Fall darstellen, bei deren Verletzung Leib, Leben oder Gesundheit gefährdet werden. Diese wichtigen Rechtsgüter des Beschenkten oder Entleihers wären bei der grundsätzlichen Anwendung der Haftungsmilderung weniger geschützt. Eine Haftung würde dann ins Deliktsrecht verlagert. Der Unterschied zu der deliktischen Verletzung und einer Schutzpflichtverletzung ist, dass bei letzterer eine gewollte vertragliche Beziehung zwischen den Parteien aufgenommen wurde und Schuldner und Gläubiger keine sich zufällig begegnenden Dritten sind. Vielmehr begeben sich die Parteien freiwillig in die Sphäre des anderen. Daher wird versucht, bereits den Pflichtenbereich des Schenkers oder Verleihers, auf welchen sich das Verschulden bezieht, einzuschränken.⁵⁷¹ Dies ist zwar ein guter Ansatzpunkt, stimmt aber mit der sonstigen Dogmatik des BGB nicht überein. Grundsätzlich sind die zu beachtenden Pflichten für jeden Vertragspartner dieselben. Die Haftung, mithin das Entstehenmüssen für eine Pflichtverletzung ist erst die daran geknüpfte Frage. Die Haftungsprivilegierung sollte nicht ohne Not entgegen der sonstigen Vorgehensweise des BGB verändert werden.

Andererseits rechtfertigt für die Befürworter der Nichtanwendbarkeit der Haftungsmilderung die bloße Uneigennützigkeit nicht einen geringeren Sorgfaltsmaßstab.⁵⁷² Wie gezeigt ist aber nicht die Uneigennützigkeit Grund für die mildere Haftung, sondern die dauernde Vermögenseinbuße. Der geringere Sorgfaltsmaßstab hierfür wird gerade durch das Gesetz angeordnet; wie sich das Gesetz darstellt, wird gerade ein geringerer Sorgfaltsmaßstab durch diese Vermögenseinbuße gerechtfertigt. Allerdings nimmt das Gesetz zum Umfang dieses Maßstabes keine Stellung. Mit dem bloßen Verweis auf die Uneigennützigkeit kann mithin weder in die eine noch die andere Richtung argumentiert werden. Auch wird angeführt, dass sich der Vermögensschaden der Haftung für eine Schutzpflichtverletzung dann wie ein Entgelt auswirke, so dass die Unentgeltlichkeit als Grund für die Haftungsmilderung weg falle.⁵⁷³ Dieser Gedanke hat für sich, dass hier gesehen wird, dass die Haftungsmilderung mit der Vermögenslage zu tun hat. Hierbei wird jedoch nicht beachtet, dass Schutzpflichten in vielerlei Gestalt auftreten können und sich daher nicht in jedem Fall wie eine „Gegenleistung“ zum Hauptgeschäft verhalten. Zudem wird darauf abgestellt, dass es bei einer Schutzpflichtverletzung nicht um Erfüllung – sondern um Erhaltungsinteressen geht.⁵⁷⁴ Integritätsinteressen dürfen im BGB nur anhand eines allgemeinen Rechtssatzes eingeschränkt werden, den es so nicht ge-

⁵⁷⁰ Medicus, FS Canaris, S. 835 (847).

⁵⁷¹ Medicus, FS Odersky, S. 589 (594).

⁵⁷² Larenz, SchuldR BT Bd. II 1, § 47 II a, S. 202.

⁵⁷³ Grundmann, AcP 198 (1998), 457 (468).

⁵⁷⁴ Erman/Hermann § 521 Rn. 3.

be.⁵⁷⁵ Diese Differenzierung zwischen Erfüllung – und Integritätsinteresse wird häufig mit einem Verweis auf die Gesetzesmaterialien begründet.⁵⁷⁶ Jedoch wurde bereits aufgezeigt, dass die Gesetzesmaterialien zu dem hier vorliegenden Problem keine Stellung beziehen. Zudem darf nicht aus den Augen verloren werden, dass die Fallgestaltungen mannigfaltig sein können und eine Schutzpflichtverletzung auch in direktem Zusammenhang mit dem Gegenstand der Schenkung oder Leihe stehen kann; so etwa wenn eine Aufklärungspflicht über die Gefährlichkeit der Sache leicht fahrlässig verletzt wurde.

Die Frage, die sich nun stellt, ist, ob ein solcher Zusammenhang überhaupt nötig ist. Der Grundgedanke hinter der Norm ist, dass wer sein Vermögen dauerhaft verringert, nicht auch mit seinem Vermögen für leichte Fahrlässigkeit haften soll. Dieser Grundgedanke greift aber nur dann, wenn sich das Verhalten des Schuldners auf eine Pflicht aus dem vermögensmindernden Schenkungs – oder Leihvertrag bezieht, also hiermit im Zusammenhang steht. Dies entspricht der Lösung der Rechtsprechung. Da bereits gezeigt wurde, dass der Gesetzgeber keine eindeutige Lösung vorgegeben hat, ist diese Betrachtungsweise nicht zwingend. Jedoch stellt dieser vermittelnde Lösungsweg eine Lösung dar, welche beiden Seiten gerecht wird und die Interessen der Beteiligten in Ausgleich bringt. Das ist es letztendlich, was der Rechtsanwender tun kann, wenn eine klare gesetzgeberische Vorgabe fehlt.

Durch diese Lösung werden die Interessen der Beteiligten in Ausgleich gebracht, indem beiden Teilen Rechnung getragen wird. Auf Seiten des Schenkers oder Verleihers steht die Leistung ohne Gegenleistung; die freiwillige Schmälerung des Vermögens entweder auf Dauer oder für einen bestimmten Zeitraum. Auf Seiten des Beschenkten oder Entleihers stehen dessen sonstige Rechtsgüter, die er bereits hat und die geschützt werden sollen. Der Beschenkte oder Entleiher bekommt ohne selbst etwas erbringen zu müssen eine Leistung; sobald ihm ein Schaden entsteht, der mit dieser Leistung in Zusammenhang steht, kann er zumindest eine Vermeidung der groben Fahrlässigkeit erwarten. Auf der anderen Seite ist dem Schenker bzw. Verleiher zuzumuten, bei Pflichten, die nicht ihren Grund in dem Rechtsgeschäft haben, diejenige Sorgfalt walten zu lassen, welche im Verkehr erforderlich ist. Die Abwägung der Güter gegeneinander und die Berücksichtigung des Schutzzweckes der Norm sprechen also für die Lösung des BGH.

Fraglich ist, ob die Formulierung des BGH „im Zusammenhang mit dem Gegenstand der Schenkung“⁵⁷⁷ oder Leihe dieser Lösung gerecht wird. Mit Gegenstand der Schenkung ist der Hauptleistungsgegenstand gemeint. Da Sinn und Zweck der Ausgleich für die Vermögenseinbuße ist, und diese sich direkt aus der Weggabe des Gegenstandes herleitet, muss sich der Zusammenhang auf den Gegenstand oder dessen Weggabe beziehen. Wenn man Gegenstand und Weggabe aber zusammenfassen will, handelt es sich um die Hauptleistungspflicht. Daher wäre eine umfassendere Formulierung: ein Zusam-

⁵⁷⁵ Stoll, JZ 1985, 384 (386).

⁵⁷⁶ Stoll, JZ 1985, 384 (385).

⁵⁷⁷ BGHZ 93, 23 (27).

menhang mit der Hauptleistungspflicht muss bestehen. Hierunter würden dann einerseits Handlungen fallen, die der Hauptleistungspflicht dienen und solche, die den Gegenstand selbst betreffen.

Der hier vertretene Vorschlag ist daher die Haftungsmilderung dann auf Schutz – und Nebenpflichten anzuwenden, wenn diese sich unmittelbar auf die Hauptleistungspflicht beziehen. Durch das Kriterium der Unmittelbarkeit werden Handlungen ausgeschlossen, die sich zwar auch auf die Hauptleistungspflicht beziehen können, aber ebenso in anderen Verträgen relevant werden könnten und mit dem Charakter des Vertrages als Schenkung oder Leihe nichts zu tun haben.

Dass eine Schenkung in einem solchen Fall immer einen rechtlichen Nachteil bedeute,⁵⁷⁸ kann hieraus nicht geschlossen werden. Vielmehr geht es bei der Beurteilung der rechtlichen Vorteilhaftigkeit um die Hauptleistungspflicht des Vertrages; Schutzpflichten bestehen bei jedem Vertrag. Nach dieser Sichtweise wäre es vollkommen unmöglich bei irgendeinem Vertrag einen lediglich rechtlichen Vorteil zu sehen. Das hingegen wird wohl kaum zu vertreten sein. Einen Wertungswiderspruch zu der Lösung mit Mangelfolgeschäden wirft schließlich jede Meinung der anderen vor.⁵⁷⁹ Ob eine Lösung einen Wertungswiderspruch zu den §§ 524, 600 erzeugt, hängt wiederum mit der Behandlung der §§ 524, 600 zusammen.

[e]. Zusammenfassung

Nach dem weiten Wortlaut erscheint eine Anwendung auf Schutzpflichten grundsätzlich möglich. Die genetische Auslegung konnte keine Anhaltspunkte bringen, weil die Gesetzesmaterialien sich weder bei der Schaffung der §§ 521, 599, noch bei der Schaffung des § 241 II zu dieser Problematik äußern. In der Rechtslehre wurde die Anwendbarkeit auf Nebenpflichten im Kartoffelpülpefall des BGH relevant. Dort wurde entschieden, dass es auf einen Zusammenhang zwischen der Nebenpflicht und dem Vertragsgegenstand ankomme. Erst im Anschluss an diese Entscheidung entwickelte sich ein Problembewusstsein. Vorher war in der Literatur die Anwendung auf Nebenpflichten ohne weiteres bejaht worden. Heute spricht sich die eher herrschende Ansicht für die Lösung des BGH aus; diese beruht auf dem teleologischen Gedanken, dass die Haftungsmilderung nur dann relevant sei, wenn eine Freigiebigkeit des Schenkers gegeben sei.⁵⁸⁰ Dies wiederum ist nur der Fall, wenn die Pflichtverletzung im Zusammenhang mit dem Vertragsgegenstand stehe.⁵⁸¹ Eine ganz überwiegende Billigung dieser Rechtsprechung jedoch ist nicht gegeben, womit von Gewohnheitsrecht nicht gesprochen werden kann. Nach der Systematik des heutigen BGB müssten die Haftungserleichterungen auf Nebenpflichten anwendbar sein. Bei anderen Verträgen wird nicht zwischen Hauptleistungs – und Neben-

⁵⁷⁸ So Schlechtriem, SchuldR BT, § 5 Rn. 175, S. 89.

⁵⁷⁹ Für die Anwendbarkeit von § 276: Stoll, JZ 1985, 384 (385). Für die Anwendbarkeit von §§ 521, 599: Staudinger/Wimmer-Leonhardt § 521 Rn. 11. Gegen die Lösung des BGH: Schlechtriem, BB 1985, 1356 (1358).

⁵⁸⁰ BGHZ 93, 23 (27).

⁵⁸¹ BGHZ 93, 23 (27).

pflichten differenziert. Allerdings besteht mangels unterschiedlichem Haftungsmaßstab auch keine Differenzierungsmöglichkeit. Nachdem die bisherigen Auslegungsmethoden kein eindeutiges Ergebnis gebracht haben, weil der Gesetzgeber keine klaren Vorgaben gemacht hat, war im Rahmen der teleologischen Auslegung eine Lösung zu finden. Der Zweck der Vorschrift ist es, dass die Vermögensminderung auf der einen Seite zu einer Minderung der Vermögenshaftung auf der anderen Seite führt. Diesem Zweck wird eine Haftung gerecht, wie sie die vermittelnde Lösung des BGH nahe legt. Schließlich ist der Zweck der Haftungserleichterung dann einschlägig, wenn eine Handlung des Schenkers oder Verleihers sich auf eine Pflicht des vermögensmindernden Schenkungs – oder Leihvertrages bezieht. Hierdurch wird ein Ausgleich geschaffen in dem Spannungsverhältnis zwischen der Entlastung dessen, der ein freiwilliges Vermögensopfer erbringt einerseits und andererseits der Tatsache, dass Nebenpflichten auch Vertragspartner treffen, die kein Vermögensopfer erbringen. Daher sollte die Haftungsmilderung rechtsfortbildend auf solche Nebenpflichten anwendbar sein, die sich unmittelbar auf die Hauptleistungspflicht beziehen.

[5]. Ergebnis

Mit der Rechtsprechung sind die Haftungserleichterungen dann auf Nebenpflichtverletzungen anwendbar, wenn diese sich unmittelbar auf die Hauptleistungspflicht beziehen. Der Gesetzgeber macht für diese Fälle keine genauen Vorgaben. Lediglich die grundlegenden Interessensbewertungen von Haftungserleichterung bei Vermögensminderung einerseits und dem Bestehen von Nebenpflichten andererseits sind vorgegeben. Durch die vertretene Lösung wird der vom Gesetzgeber angelegte Interessensausgleich weiter entwickelt und in einen Ausgleich gebracht.

dd. Endergebnis

Als Sinn und Zweck der §§ 521, 599 wurde die Abnahme des Risikos der Haftung mit dem Vermögen für leichte Fahrlässigkeit aufgrund der freiwilligen dauerhaften Vermögensminderung des Schenkers oder Verleihers ermittelt.

Die Haftungserleichterungen sind dann auf Nebenpflichtverletzungen anwendbar, wenn diese Nebenpflicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Hauptleistungspflicht steht. Diese Lösung lehnt sich an die vermittelnde Auffassung der Rechtsprechung des BGH an, die mittlerweile auch in der Literatur als h.M. bezeichnet werden kann. Dieses Ergebnis konnte nicht durch Auslegung erreicht werden; vielmehr fehlte eine eindeutige Vorgabe des Gesetzgebers. Daher wurde diese Lösung, die mit dem System des übrigen BGB am besten in Einklang steht, gewählt. Auch die Interessensbewertung des Gesetzgebers wird hierdurch beachtet. Insbesondere wird beachtet, dass beide Parteien in gewissem Umfang schutzwürdig sind: der Schenker aufgrund seiner Vermögensminderung und der Beschenkte, weil dessen sonstige Rechtsgüter durch die Rechtsordnung geschützt sind.

d. § 680

Bei der GoA⁵⁸² haftet derjenige Geschäftsführer, der zur Gefahrenabwehr handelt, gem. § 680 BGB nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit.

Im römischen Recht musste der gestor grundsätzlich für dolus und culpa eintreten.⁵⁸³ Von diesem Grundsatz der Haftung für Vorsatz und Fahrlässigkeit gab es jedoch bereits im römischen Recht Ausnahmen: Zum einen wurde die Haftung bei Handlungen, die den Rahmen des beim Geschäftsherren üblichen überschreiten, verschärft.⁵⁸⁴ Der Gedanke der ehemaligen Haftungserweiterung findet sich heute in § 678, nach der der Geschäftsführer verschärft haftet, wenn sein Verhalten im Widerspruch zum mutmaßlichen oder wirklichen Willen des Geschäftsherren steht.⁵⁸⁵ Zum anderen wurde die Haftung bei Hilfe in Notsituationen auf dolus und culpa lata gemildert.⁵⁸⁶

An die Haftungsmilderung hat sich der Entwurf des BGB angeschlossen, da derjenige, welcher in einer Notsituation helfe, für einen anderen einspringe und damit einer „sittlichen Notwendigkeit“⁵⁸⁷ folge und gewissermaßen eine „moralische Pflicht“⁵⁸⁸ erfülle.

Als Grund für die Haftungsmilderung wird heute gesehen, dass die Bereitschaft zur Hilfeleistung durch mildere Haftungsfolgen gefördert werden soll, was im allgemeinen Interesse läge.⁵⁸⁹ Zudem unterliefe dem, der schnell helfen müsse, möglicherweise unter Zeitdruck verständliche, aber leicht fahrlässige Fehler.⁵⁹⁰ Auch setze sich der Geschäftsführer in solchen Konstellationen häufig im Interesse eines anderen Gefahren aus, was eine Haftung für jede Fahrlässigkeit unbillig erscheinen lasse.⁵⁹¹ Außerdem wird belegt, dass die GoA mehr Ähnlichkeit mit dem Vormundschaftsrecht denn mit dem Auftragsrecht habe, da in beiden Fällen u.a. kein Vertrag vorgeschaltet sei.⁵⁹²

Auch wird als Ratio Legis die überholende Kausalität genannt.⁵⁹³ Die Haftung sei im römischen Recht nur dann gemindert gewesen, wenn ohne das Dazwischentreten des Geschäftsführers ein noch größerer Schaden entstanden sei.⁵⁹⁴ Da die ursprüngliche Bedeutung der Haftungsmilderung mithin die Berücksichtigung der überholenden Kausalität gewesen sei,⁵⁹⁵ dürfe auch heute nicht ein Handeln in guter Absicht privilegiert werden,

⁵⁸² Geschäftsführung ohne Auftrag

⁵⁸³ Kaser, Römisches Privatrecht I § 137, II 4, S. 589, 590.

⁵⁸⁴ Staudinger/Bergmann § 677 Rn. 5.

⁵⁸⁵ Staudinger/Bergmann § 677 Rn. 5.

⁵⁸⁶ v. Kübel, in: Vorlagen der Redaktion für die erste Kommission, Teil 2, S. S. 946.

⁵⁸⁷ v. Kübel, in: Vorlagen der Redaktion für die erste Kommission, Teil 2, S. S. 947.

⁵⁸⁸ v. Kübel, in: Vorlagen der Redaktion für die erste Kommission, Teil 2, S. S. 947.

⁵⁸⁹ MüKo/Seiler § 680 Rn. 1; Staudinger/Bergmann § 680 Rn. 1; Bamberger/Roth/Gehrlein § 680. Rn. 1; Erman/Ehmann § 680 Rn. 1 (12. Aufl.); BGHZ 43, 188 (194).

⁵⁹⁰ Erman/Dornis § 680 Rn. 1; Staudinger/Bergmann § 680 Rn. 1.

⁵⁹¹ Wittman, Begriff und Funktion der GoA, S. 134.

⁵⁹² Bertzel, NJW 1962, 2280 (2281).

⁵⁹³ Wollschläger, die GoA, S. 278.

⁵⁹⁴ Wollschläger, die GoA, S. 279.

⁵⁹⁵ Wollschläger, die GoA, S. 282.

sondern nur Fälle, in denen sonst ein größerer Schaden eingetreten wäre.⁵⁹⁶ Hiergegen wird eingewendet, dass es sich bei der Vorschrift um die Festlegung eines Sorgfaltsmaßstabes handle.⁵⁹⁷ Der Zweck der Norm wolle gerade die fremdnützige Handlung und Gesinnung privilegieren.⁵⁹⁸ Dies sei schon im römischen Recht so gewesen, wo unter anderem die subjektive Sicht des Geschäftsführers berücksichtigt wurde.⁵⁹⁹

Die Behandlung der GoA zur Gefahrenabwehr ist für die Praxis sehr relevant, da statistisch gesehen die Notgeschäftsführung eher die Regel als die Ausnahme darstellt.⁶⁰⁰

Streitig ist daher in der Literatur, ob bei der irrtümlichen Annahme einer Gefahr der gemilderte Sorgfaltsmaßstab anzuwenden ist. Der BGH musste sich zu diesem Problem noch nicht eindeutig äußern.

Zunächst ist jedoch die Frage der generellen Anwendbarkeit des § 680 anhand des Normzweckes zu klären.

aa. Sinn und Zweck

[1]. Wortlaut

„Bezweckt die Geschäftsführung die Abwendung einer dem Geschäftsherrn drohenden dringenden Gefahr, so hat der Geschäftsführer nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten.“

Dem Wortlaut nach ist die Vorschrift die Anordnung eines Haftungsmaßstabes, der im Vergleich zur allgemeinen Haftung gemildert ist. Diese Anordnung soll dann eingreifen, wenn die Abwendung einer drohenden dringenden Gefahr bezweckt wird.

Dieses „bezwecken“ bedeutet im allgemeinen deutschen Sprachgebrauch etwas zu erreichen versuchen, etwas beabsichtigen. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch ist also eine subjektive Komponente innewohnend. Wenn der Notgeschäftsführer die Abwehr der Gefahr subjektiv erreichen will, ist die Haftung gemildert.

Im juristischen Sprachgebrauch des BGB wird „Zweck“ oder „bezwecken“ häufig verwendet.⁶⁰¹ In § 836 wird dies sogar in Verbindung mit einer Gefahr verwendet: „zum Zwecke der Abwendung der Gefahr“. Deshalb könnte ein Vergleich mit dieser Norm besonders interessant sein. Im Rahmen des § 836 kann der Entlastungsbeweis dann geführt werden, wenn der Grundstücksbesitzer alle Maßnahmen getroffen hat, die aus technischer Sicht geboten und geeignet sind, die Gefahr zu erkennen und ihr zu begegnen.⁶⁰² Mit anderen Worten: er muss das menschenmögliche getan haben, um die Gefahr zu

⁵⁹⁶ Wollschläger, die GoA, S. 280.

⁵⁹⁷ Wittman, Begriff und Funktion der GoA, S. 135.

⁵⁹⁸ Wittman, Begriff und Funktion der GoA, S. 135.

⁵⁹⁹ Wittman, Begriff und Funktion der GoA, S. 135.

⁶⁰⁰ Erman/Ehmann § 680 Rn. 1 (12. Aufl.).

⁶⁰¹ Vorschriften, die Aufwendungsersatz gewähren: §§ 670, 693, 970, 1835. Vorschriften mit „zum Zwecke der Erfüllung/Befriedigung“: §§ 362, 656, 755, 762, 813, 814, 2113; ferner 439, 635. Der Zweck kann auch das Ziel einer Personenvereinigung sein: §§ 21, 22, 80, 705 ff. Als Synonym für „innerer Grund“: So wohl §§ 13, 95, 284, 328, 604, 620, etc.

⁶⁰² Palandt/Sprau § 836 Rn. 13.

bannen. Hier wird der Zweck folglich nicht in einer subjektiven Sichtweise verwendet: es kommt vielmehr auf die technische Sicht und somit die objektive Lage an. Grundgedanke der Gesetzgebung war, dass niemand einem beliebigen Dritten gegenüber verantwortlich sein sollte, wenn keine schuldhaft e Einwirkung von ihm ausginge.⁶⁰³ Eine schuldhaft e Einwirkung wurde dann jedoch ausnahmsweise vorverlegt in die Errichtung oder Unterhaltung eines Gebäudes, wenn jemand hierdurch zu Schaden kam.⁶⁰⁴ Der § 836 ist somit als Ausnahmetatbestand zu verstehen, welcher die schuldhaft e Einwirkung in der Errichtung und Instandhaltung des Gebäudes mit einer Schadensersatzfolge versieht. Diese schuldhaft e Einwirkung muss nach objektiven Maßstäben beurteilt werden, da es sich im Sinne des Haftungsrechts um eine allgemeine Verkehrssicherungspflicht handelt. Folglich wird die Schadensersatzfolge dann ausgeschlossen, wenn ein Verschulden nicht vorlag. Im Unterschied hierzu regelt § 680 nur die Pflicht des Geschäftsführers gegenüber dem Geschäftsherren. Außerdem geht es um den Eingriff in das Vermögen eines anderen, während in § 836 die Instandhaltung des eigenen Vermögens (Grundstück) normiert ist. Zudem wird in § 836 der Zweck als Substantiv verwendet, während in § 680 das Verb „bezwecken“ verwendet wird, welches eher eine subjektive Komponente haben kann. Überdies handelt es sich bei § 836 um einen Entlastungsbeweis während § 680 einen Haftungsmaßstab darstellt. Trotz der ähnlichen Formulierung bezüglich des Zweckes kann ein solcher Vergleich folglich nicht weiter helfen.

Häufig wird im juristischen Sprachgebrauch die Zielgerichtetheit des Handelns mit „um ... zu“ ausgedrückt. „Um ... zu“ wurde hier jedoch nicht gewählt. Fraglich ist, ob dieser Unterschied eine Relevanz hat. Nach genauerer Überlegung ist „bezwecken“ sogar eine weitere Formulierung als „um ... zu“: bei „um ... zu“ müsste ein Verb stehen, welches beispielsweise „handeln“ sein könnte. Dann wäre aber eine Unterlassung nicht miteinbezogen. Wenn jemand etwas bezweckt kann hingegen eine Handlung oder eine Unterlassung, also jede menschliche Verhaltensweise gemeint sein. Daher ist „bezwecken“ eher weiter zu verstehen als handeln „um ... zu“. Grundsätzlich kann daher angenommen werden, dass eine Finalität, also eine Zielgerichtetheit des Handelns, wie sie bei „um ... zu“ gemeinhin anerkannt ist, gegeben sein soll.

Diese Wortwahl deutet darauf hin, dass die subjektiv vorliegende Hilfsbereitschaft mit einem geringeren Haftungsmaßstab „belohnt“ werden soll. Zweck der Vorschrift nach dem Wortlaut ist es mithin, den subjektiv Wohlgesinnten durch einen milderen Haftungsmaßstab zu begünstigen.

[2]. Historie/Genetik

Im Rahmen der Gesetzgebungsgeschichte war zunächst eine Fassung besprochen worden, nach der der Geschäftsführer grundsätzlich für jede Fahrlässigkeit haften sollte, „ausgenommen wenn er in einem Nothfalle zur Abwendung eines [...] drohenden

⁶⁰³ Motive zum BGB, Bd. I, S. 815.

⁶⁰⁴ Motive zum BGB, Bd. I, S. 815.

Nachtheils gehandelt“ habe.⁶⁰⁵ Im Laufe der Diskussion jedoch einigte man sich, dass es sich um eine dringende Gefahr anstelle eines drohenden Nachteils handeln müsse, da diese Bestimmung geeignet sei, Dritte zu ermutigen, helfend einzugreifen und zugleich eine höhere Schwelle als Rechtfertigung für den Eingriff in das Vermögen eines anderen darstelle.⁶⁰⁶ Bedacht wurde, dass immer ein Eingriff in das Vermögensgebiet eines anderen vorliege.⁶⁰⁷ Andererseits sei dieser Eingriff grundsätzlich aner kennenswert und kann für den Geschäftsherren sehr wichtig sein;⁶⁰⁸ schließlich erfülle der Notgeschäftsführer gewissermaßen eine „moralische Pflicht“.⁶⁰⁹ Erkannt wurde mithin das Spannungsverhältnis zwischen dem grundsätzlich unerwünschten Eingriff in fremde Rechtsgüter und dem erwünschten Eingriff in einer Notsituation. Die Diskussion des Gesetzgebers zeigt, dass dieses Spannungsverhältnis möglichst ausgeglichen aufgelöst werden sollte und der Geschäftsführer dazu ermutigt werden sollte, in der Not zu helfen.

Nach der genetischen Auslegung ist der Zweck der Vorschrift einerseits der Schutz des Notgeschäftsführers, dessen Eingreifen ermutigt werden soll, ohne andererseits den Schutz des Geschäftsherren zu vernachlässigen.

So wurde dies auch in der Literatur rezipiert: bei der Beurteilung des Verschuldens müsse insbesondere die Notwendigkeit einer schnellen Entscheidung berücksichtigt werden.⁶¹⁰ Die Norm diene den privaten Interessen des Geschäftsherren; der hinter ihr stehende Gedanke sei, dass das Eingreifen eines Dritten hier ausnahmsweise erwünscht sei, das „Sichvergreifen“ in den Mitteln jedoch aufgrund der Gefahrenlage leicht möglich sei.⁶¹¹ Dies wird auch heute noch so gesehen.⁶¹² Heute wird zusätzlich betont, dass die Bereitschaft zur Hilfeleistung durch die mildere Haftung gefördert werden soll.⁶¹³ Auch der BGH nimmt an, dass das Eingreifen des Dritten in diesen Fällen im allgemeinen Interesse erwünscht sei, der Helfer könne sich aber leicht in den Mitteln ver greifen,⁶¹⁴ weil der Geschäftsführer keine Zeit zum ruhigen Überlegen habe.⁶¹⁵ Die historische Auslegung zeigt, dass als wesentliches Element über längere Zeiträume hinweg die Ermutigung zum Eingreifen gesehen wurde.

⁶⁰⁵ Jakobs/Schubert, Recht der Schuldverhältnisse III, S. 114.

⁶⁰⁶ Jakobs/Schubert, Recht der Schuldverhältnisse III, S. 118.

⁶⁰⁷ v. Kübel, in: Vorlagen der Redaktion für die erste Kommission, Teil 2, S. 933.

⁶⁰⁸ v. Kübel, in: Vorlagen der Redaktion für die erste Kommission, Teil 2, S. 933.

⁶⁰⁹ v. Kübel, in: Vorlagen der Redaktion für die erste Kommission, Teil 2, S. 947.

⁶¹⁰ Enneccerus, Bürgerliches Recht, Bd I 2, (1914), § 385, S. 482; (1927), § 385, S. 503; Oertmann, Recht der SV, § 680 S. 726.

⁶¹¹ BGB-RGRK § 680 Anm. 1.

⁶¹² Erman/Dornis § 680 Rn. 1; Staudinger/Bergmann § 680 Rn. 1.

⁶¹³ MüKo/Seiler § 680 Rn. 1; Staudinger/Bergmann § 680 Rn. 1; Bamberger/Roth/Gehrlein § 680. Rn. 1; Erman/Ehmann § 680 Rn. 1 (12. Aufl.); BGHZ 43, 188 (194).

⁶¹⁴ BGHZ 43, 188 (194).

⁶¹⁵ BGH NJW 1972, 475 (477).

[3]. Systematik

Zunächst bietet sich der Vergleich mit anderen ähnlichen Haftungsmilderungen an. Jedoch fallen systematische Unterschiede ins Auge: auch bei § 300 besteht eine Einschränkung. Allerdings ist dies nicht eine Einschränkung, dass die Vorschrift nur in der Notlage gilt, sondern nur bei Verzug. Verzug stellt möglicherweise im Vertragsrecht eine besondere Lage, sicherlich aber keine Notlage dar. Überdies kann der Normzweck des § 300 nicht ähnlich sein: eine Obliegenheitsverletzung hat der Geschäftsführer keineswegs begangen. Die Haftungsmilderungen der §§ 521, 599 sind generell formuliert, während der § 680 nur bei Notgeschäftsführung eingreifen soll. Zudem handelt es sich bei den §§ 521, 599 um vertragliche Haftungsmilderungen, während die GoA ein nur quasi-vertragliches Schuldverhältnis ist. Auch der Zweck kann dem der §§ 521, 599 nicht ähnlich sein: die dauerhafte Vermögensminderung im Rahmen der Schenkung und der Leihe rechtfertigt es nach der Konzeption des Gesetzgebers, den Umfang der Haftung zu beschränken. Im Fall der GoA jedoch ist die Lage anders: bei der Nothilfe hat der Geschäftsführer einen Anspruch auf Aufwendungsersatz gem. § 683. Da ein dauerhaftes Vermögensopfer hier nicht vorliegt, kann der Zweck der Vorschrift nicht wie in den §§ 521, 599 sein.

In der Systematik des übrigen BGB gibt es jedoch verschiedene Normen, die ähnliche Gedanken wie § 680 haben. In den §§ 226 ff. sollen ausnahmsweise private Rechte durchgesetzt werden, wenn staatliche Hilfe nicht erreichbar ist:⁶¹⁶ eine Handlung ist nicht widerrechtlich, wenn sie zur Notwehr gegen einen Angriff (§ 227) dient. Zudem ist die Zerstörung einer Sache nicht widerrechtlich, wenn eine durch sie drohende Gefahr abgewendet werden soll (Verteidigungsnotstand § 228). Parallel hierzu ist es nicht rechtswidrig auf eine Sache einzuwirken, von der selbst keine Gefahr ausgeht, um eine Gefahr abzuwenden (Angriffsnotstand § 904).⁶¹⁷ Mit anderen Worten: ein Schadenersatzanspruch gegen den Handelnden aus § 823 kann in all diesen Fällen nicht gegeben sein, weil die Widerrechtlichkeit fehlt. Diese Tatbestände sind Ausnahmeregelungen, die ausnahmsweise einen Eingriff in private Rechtsgüter erlauben. Auch im Strafrecht gibt es ähnliche Tatbestände (§§ 32, 34 StGB). Diese erlauben ausnahmsweise den Eingriff in fremde Rechtsgüter zur Verteidigung.

Gemeinsamer Gedanke dieser Regelungen ist es, dass ein Eingriff in fremde Rechtsgüter ausnahmsweise nicht rechtswidrig ist, wenn er zur Abwehr eines Angriffes oder einer Gefahr dient. Hinter den Regelungen steht einmal das Rechtsbewährungsprinzip – Recht muss dem Unrecht nicht weichen.⁶¹⁸ Außerdem steht dahinter das Prinzip der Güterabwägung – das weniger schützenswerte Rechtsgut muss zurücktreten.⁶¹⁹

Der Haftungsmaßstab des § 680 macht einen Eingriff in fremde Rechtsgüter nicht an sich rechtens; jedoch ist eine Haftung für Schäden im Rahmen des Eingriffes nur gegeben, wenn ein Vorsatz oder eine grobe Fahrlässigkeit vorliegt. Ein Eingriff im Rah-

⁶¹⁶ Palandt/Ellenberger Überblick v. § 226 Rn. 1.

⁶¹⁷ Palandt/Ellenberger § 228 Rn. 1.

⁶¹⁸ Palandt/Ellenberger § 227 Rn. 1; Schönke/Schröder § 32 Rn. 1.

⁶¹⁹ Palandt/Ellenberger § 228 Rn. 2, Schönke/Schröder § 34 Rn. 1.

men der GoA ist nach h.M. nur dann nicht rechtswidrig, wenn eine berechnigte GoA vorliegt;⁶²⁰ alleine der Haftungsmaßstab kann eine Rechtmäßigkeit des Eingriffes jedoch nicht bewirken. Im Unterscheid hierzu ist der Eingriff bei den eben genannten Normen an sich nicht rechtswidrig. Folglich ist der § 680 nicht ganz so stark wie diese. Jedoch ist die Gemeinsamkeit, dass ein an sich unerwünschter Eingriff in fremde Rechtsgüter nicht mit der sonst üblichen Rechtsfolge versehen ist. Weiter ist den Situationen gemeinsam, dass dieser Eingriff immer auf einer Notsituation beruht, also einer Situation in der anderweitig vorzuziehende Hilfe nicht erreichbar aber rasch erforderlich ist. Zusammenfassend kann daher festgestellt werden, dass in § 680 die Hilfe in der Not begünstigt werden soll.

Auch in der übrigen Rechtsordnung wird die Hilfeleistung in einem Notfall gefördert, indem beispielsweise in § 323 c StGB die unterlassene Hilfeleistung strafbar ist.⁶²¹ Hieraus ergibt sich sogar der Gedanke, dass die Rechtsordnung es missbilligt, wenn nicht eingegriffen wird. Gemeinsam mit dem § 680 hat diese Vorschrift die Notsituation. Allerdings ergibt sich aus § 680 keine Pflicht zum Eingreifen, so dass dieser ein weniger starkes Mittel ist, die Hilfe in der Not zu erreichen. § 680 kann daher vielmehr als Anreiz verstanden werden. Generell geht die Rechtsordnung davon aus, dass die Hilfe in einem Notfall erwünscht ist und sogar gefördert werden soll.

Da es sich um die Milderung eines Haftungsmaßstabes handelt, kann auch das allgemeine Haftungsrecht Rückschlüsse erlauben. Dieses ist eine Art der Risikoverteilung. Durch Modifikationen in Sorgfaltsmaßstäben wird vor allem die Risikoverteilung verändert. Fraglich ist, ob die Vorschrift als Norm der Risikoverteilung ebenso auf die überholende Kausalität abstellt. Durch die Modifikation des Sorgfaltsmaßstabes wird jedoch eindeutig nicht an die Kausalkette angeknüpft, sondern an das Vertretenmüssen einer Pflichtverletzung. Zwar ist die Kausalität an sich eine Voraussetzung, die bei einer Schadensverteilung normalerweise vorliegen muss. Ihr wird jedoch anders Rechnung getragen: der Wortlaut der Vorschrift lässt das bezwecken der Abwehr der Gefahr genügen. Das heißt, dass selbst wenn die Kausalität nicht gegeben ist, die Gefahr mithin nicht durch eine kausale Handlung des Geschäftsführers abgewendet wurde, die Vorschrift anwendbar ist. Hierin beschränkt sich aber der Kausalitätsbezug der Vorschrift. Vielmehr wird das Risiko des Schadenseintrittes bei leichter Fahrlässigkeit auf denjenigen übertragen, dem die Hilfe zugutekommt. Das Schadensrecht versucht, den Schaden „gerecht“ zu verteilen; grundsätzlich wird nach Verursachungsbeiträgen verteilt. Hier jedoch wird bei leichter Fahrlässigkeit das Schadensrisiko auf den Geschäftsherren übertragen, da dieser von dem Eingriff profitiert. Dass zusätzlich der Geschäftsführer von Haftungsrisi-

⁶²⁰ h.M. Looschelders, SchuldR BT, § 57, Rn. 1186, S. 396; Brox/Walker, Besonderes SchuldR, § 52 Rn. 40; Schellhammer, SchuldR nach AGL, Rn. 828, S. 455; Larenz, SchuldR BT Bd. II 1, § 57 I b S. 448; Fikentscher/Heinemann, SchuldR, § 87, Rn 1270, S. 631; Wittmann, Begriff und Funktion der GoA, S. 141.; Giesen, Jura 1996, 288 (292); Larenz, SchuldR BT Bd. II 1, § 57 I b, S. 448; Soergel/Beuthien Vor § 677 Rn. 9; a.A. vor allem Staudinger/Bergmann Vorbem zu §§ 667 ff. Rn. 245; Wollschläger, die GoA, S. 276.

⁶²¹ Dieser war als Grundsatz bereits früh bekannt und auch im RStGB von 1871 normiert. Die unterlassene Hilfeleistung wurde in allen Vorentwürfen zum StGB übernommen und auch ins StGB von 1935. Hierzu siehe: Harzer, Unterlassene Hilfeleistung § 323 c StGB, S. 49, 53.

ken entlastet werden soll, weil ihm menschlich verständliche Fehler unterlaufen können, klingt zwar logisch, lässt sich indes dem Gesetz nicht entnehmen. Vielmehr handelt es sich um eine Risikoverteilungsvorschrift, welche den Geschäftsführer begünstigen soll, aber grundsätzlich auch für den Geschäftsherren günstig ist.

Nach der systematischen Auslegung ist § 680 Ausdruck des ausnahmsweisen Prinzips, dass ein Eingriff in Rechtsgüter anderer erwünscht ist, wenn er zur Abwendung einer Gefahr geschieht. Das Schadensrisiko wird teilweise – bei leichter Fahrlässigkeit – auf den Geschäftsherren verlagert, welcher vom Eingriff grundsätzlich profitiert.

[4]. Zusammenfassung

Nach dem Wortlaut soll die subjektiv vorliegende Hilfsbereitschaft belohnt werden, da hier das subjektive Bezwecken der Hilfe formuliert ist. Die genetische und historische Auslegung ergibt, dass die Norm eine ausgewogene Regelung zum Schutz und der Ermutigung des Geschäftsführers als auch zum Schutz der Rechtsgüter des Geschäftsherren sein sollte. Die Diskussion des gesetzgebenden Gremiums zeigt, dass die Gratwanderung zwischen einem unerwünschten Eingriff in fremde Rechtsgüter und dem erwünschten Eingriff in einer Notsituation gewollt war. Es sollte ein Ausgleich zwischen den schutzwürdigen Gütern des Geschäftsherren einerseits und den schutzwürdigen Interessen des Geschäftsführers andererseits geschaffen werden. Als wichtiger Gesichtspunkt erschien die Ermutigung zum Eingriff. Ähnlich dieser ausführlichen Materialien wurde der Zweck der Vorschrift auch in der Literatur und Rechtsprechung gesehen. Die systematische Auslegung ergibt, dass eine Ausnahme von dem Grundsatz des Verbotes des Eingriffes in fremde Rechte und Rechtsgüter normiert ist, welche für beide Seiten günstig ist. Es gibt im deutschen Recht den Grundsatz, dass eine Handlung ausnahmsweise nicht widerrechtlich ist, wenn sie der Gefahrenabwehr dient (§§ 227, 228 BGB; §§ 32, 34 StGB). Bei der GoA zur Gefahrenabwehr bleibt zwar die Widerrechtlichkeit gegeben; jedoch treten die Rechtsfolgen einer Haftung nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit ein. Dies spricht für die Begünstigung der Hilfe in der Not. Eine Pflicht zum Eingreifen wie bei § 323 c StGB ergibt sich hieraus jedoch nicht, daher kann § 680 als Anreiz verstanden werden. Dieser Anreiz wird durch eine veränderte Risikoverteilung im Schadensersatzrecht ausgeformt.

bb. Ergebnis

§ 680 überträgt die normale Risikoverteilung des Schadensrechts ausnahmsweise teilweise auf den Geschäftsherren, da dieser von dem Eingriff des Geschäftsführers profitiert. Dem Geschäftsführer seinerseits wird ein Eingriff in fremde Rechtsgüter ermöglicht und ein Anreiz gegeben dies zu tun, da er das Risiko des fahrlässig herbeigeführten Schaden nicht tragen muss, womit seine subjektive Hilfsbereitschaft belohnt wird.

cc. Anwendbarkeit des § 680

Nun soll anhand des Normzweckes ermittelt werden, in welchen Fällen die Haftungsprivilegierung zur Anwendung kommen muss.

In der Literatur ist man sich einig, dass die Haftungserleichterung des § 680 nur auf Fälle der echten GoA, dort jedoch auf die berechtigte (§ 677) und die unberechtigte (§ 678) GoA anwendbar sein soll.⁶²²

Hinsichtlich des § 683 soll § 680 dessen Anwendbarkeit nicht begründen können, also mit § 680 kann nicht ähnlich wie mit § 679 der entgegenstehende Wille des Geschäftsherren überwunden werden.⁶²³ Dies, weil § 679 dem Schutz des öffentlichen Interesses diene, während § 680 dem individuellen Schutz des Geschäftsherren diene.⁶²⁴ Der Geschäftsherr solle die Kosten der Geschäftsführung nur tragen müssen, wenn die Übernahme dieser Geschäftsführung seinem Willen entspreche.⁶²⁵ Anderer Ansicht sind nur wenige; bei leichter Übernahme-fahrlässigkeit solle aufgrund des § 680 der § 683 anwendbar sein, mit der Folge, dass hier Aufwendungs – und Schadensersatz verlangt werden kann.⁶²⁶

Falls kein Übernahmeverschulden und somit die Voraussetzungen des § 683 vorliegen, kann der Geschäftsführer Aufwendungen (§ 683) und Schadensersatz (§ 683 analog) geltend machen. Dann sei der § 680 bei der Frage des Mitverschuldens anwendbar.⁶²⁷ Schließlich sei der § 680 auch als Risikoverteilung zu verstehen, nach der der Geschäftsführer seine Hilfe nicht noch mit eigenen Verlusten bezahlen solle.⁶²⁸

Für die Ansprüche zwischen den Beteiligten bedeutet dies:

Ansprüche des Geschäftsherren gegen den Geschäftsführer

Demnach haftet der Geschäftsführer (nur) gem. § 678, wenn er grob fahrlässig den Willen des Geschäftsherren verkannt hat wegen Übernahmeverschuldens. Nach § 280 I i.V.m. § 677 haftet der Geschäftsführer, wenn er leicht fahrlässig den Willen des Geschäftsherren verkannt hat⁶²⁹ oder mit dem Willen oder Interesse des Geschäftsherren gehandelt hat wegen Ausführungsverschuldens.

Ansprüche des Geschäftsführers gegen den Geschäftsherren

Falls ein Übernahmeverschulden besteht, kann der Geschäftsführer keine Ansprüche gem. § 683 geltend machen. Es kommen möglicherweise Ansprüche gem. § 684 in Betracht. Wenn kein Übernahmeverschulden besteht, kann § 683 angewendet werden; wobei im Rahmen des Mitverschuldens § 680 berücksichtigt werden kann.

⁶²² Staudinger/Bergmann § 680 Rn. 6; MüKo/Seiler § 680 Rn. 7; Soergel/Beuthien § 680 Rn. 2, 10; Erman/Dornis § 680 Rn. 2; Bamberger/Roth/Gehrlein § 680 Rn. 1; Larenz, SchuldR BT Bd. II 1, § 57 I b, S. 452; Fikentscher/Heinemann, SchuldR, § 87, Rn 1260, S. 627.

⁶²³ So bereits: RGZ 101, 18 (19); Staudinger/Bergmann § 680 Rn. 22; MüKo/Seiler § 680 Rn. 8; Soergel/Beuthien § 680 Rn. 3; Bamberger/Roth/Gehrlein § 680 Rn. 1.

⁶²⁴ Staudinger/Bergmann § 680 Rn. 22.

⁶²⁵ Staudinger/Bergmann § 680 Rn. 22.

⁶²⁶ Wohl: Dietrich JZ 1974, 535, 538.

⁶²⁷ Staudinger/Bergmann § 680 Rn. 22; MüKo/Seiler § 680 Rn. 8; Soergel/Beuthien § 680 Rn. 3; Erman/Dornis § 680 Rn. 2. Bamberger/Roth/Gehrlein § 680 Rn. 1.

⁶²⁸ Staudinger/Bergmann § 680 Rn. 19; Soergel/Beuthien § 680 Rn. 3.

⁶²⁹ Looschelders, SchuldR BT § 42, Rn. 877, S. 294; Soergel/Beuthien Vor § 677 Rn. 3. a.A. Erman/Ehmann § 678 Rn. 2; in der neueren Auflage aber uneindeutig: Erman/Dornis § 678 Rn. 6.

[1]. Würdigung

Fraglich ist nun, ob ein dergestalt angelegtes System der Anwendung der Haftungsmilderung bei der GoA mit der Zielsetzung des Gesetzgebers übereinstimmt.

Der Zweck der Vorschrift wurde geklärt: § 680 überträgt die normale Risikoverteilung des Schadensrechts ausnahmsweise teilweise auf den Geschäftsherren, da dieser von dem Eingriff des Geschäftsführers profitiert. Dem Geschäftsführer seinerseits wird ein Eingriff in fremde Rechtsgüter ermöglicht und ein Anreiz gegeben dies zu tun, da er das Risiko des fahrlässig herbeigeführten Schaden nicht tragen muss, womit seine subjektive Hilfsbereitschaft belohnt wird.

[a]. Wortlaut

§ 680 ist eine Haftungsbeschränkung im Fall der Geschäftsführung zur Gefahrenabwehr. Im Wortlaut der Vorschrift wird nicht auf eine bestimmte Art der Geschäftsführung Bezug genommen; allerdings ist dies im Wortlaut der anderen Normen der GoA ebenso wenig der Fall. Die Bezeichnung berechnigte und unberechnigte, sowie echte und unechte GoA ist im Schrifttum zur besseren Verständlichkeit geschaffen worden. Nach dem weiten Wortlaut kann sich die Haftungsbeschränkung grundsätzlich auf alle Vorschriften der GoA beziehen.

Nur in § 687 I ist ausdrücklich eine Nichtanwendbarkeit vorgeschrieben, wohingegen sich dies in § 687 II nicht finden lässt. Jedoch fällt beim Lesen des § 687 II auf, dass der Gesetzgeber wohl davon ausgegangen ist, dass es sich gar nicht um eine Geschäftsführung ohne Auftrag handelt, weil der Geschäftsführer das Geschäft bewusst für sich führt. Hier wird angeordnet, dass der Geschäftsherr das Geschäft durch Genehmigung gleichwohl zu einer GoA machen kann und so die Ansprüche zwischen den Beteiligten entstehen. Somit gilt § 680 grundsätzlich dem Wortlaut nach nicht für § 687, könnte aber für die §§ 677, 678, 683 gelten. Dort ist nämlich ein Anknüpfungspunkt für ein Verschulden gegeben: bei § 677 werden Pflichten erwähnt, auf die sich das Verschulden beziehen kann und bei § 678 kann sich ein Verschulden auf die Kenntnis beziehen. Bei § 683 selbst gibt es keinen Anknüpfungspunkt, auf den sich ein Verschulden beziehen könnte. Jedoch verweist dieser auf § 670, der bestimmt dass die Aufwendung ersetzt werden kann, wenn er sie für erforderlich halten konnte. Hierauf kann sich ein Verschulden beziehen. Der Wortlaut des § 683 gibt jedoch schon nicht her, dass die Gefahr den Willen oder das Interesse des Geschäftsherren überwinden könnten.

Nach dem Wortlaut der Vorschriften kann § 680 für die §§ 677, 678 und § 683 (über § 670) gelten.

[b]. Historie/Genetik

Die §§ 677 und 678 wurden in Zusammenhang mit dem § 680 besprochen. Anfangs war nämlich erwogen worden, dass eine grundsätzliche Haftung bei der GoA für jede Fahrlässigkeit normiert werden sollte.⁶³⁰ Diese grundsätzliche Haftung wegen Vorsatz und

⁶³⁰ Jakobs/Schubert, Recht der Schuldverhältnisse III, S. 115.

Fahrlässigkeit bei der GoA wurde als Pflicht im Rahmen des § 677 gesehen. Hiervon wurde jedoch wieder Abstand genommen, da sich dies ohnehin aus den allgemeinen Grundsätzen der schuldrechtlichen Verschuldenshaftung sowie Deliktshaftung ergebe.⁶³¹ Die Haftungsmilderung des § 680 wurde also zusammen mit der zunächst erwogenen grundsätzlichen Haftung besprochen. Diese wiederum war als generelle Pflicht des Geschäftsführers direkt bei den allgemeinen Pflichten des Geschäftsführers, somit bei § 677 erwogen. Daher ist anzunehmen, dass der Gesetzgeber wollte oder sich zumindest dessen bewusst war, dass die Haftungsmilderung sich auf die § 677 beziehen muss.

Wenn es aber um die Einmischung gegen den Willen des Geschäftsherren ging, so war die Mehrheit der Ansicht, dass dem Geschäftsführer jeder Schaden zur Last falle, der aus seiner Einmischung entstanden sei.⁶³² Dies weist darauf hin, dass bei § 678 die Haftungsmilderung nicht zum Tragen kommen sollte.

Auch bei § 683 sprechen sich die Materialien deutlich für die alleinige Maßgeblichkeit der Sichtweise des Geschäftsherren aus: schließlich handele der Geschäftsführer freiwillig.⁶³³ Sich ohne Aufforderung in die Geschäfte eines anderen zu mischen, sei immer ein ernster Fall;⁶³⁴ wer dies tue, müsse die Konsequenzen tragen.⁶³⁵ Eine Ermutigung zum Eingriff solle nur bei Gefahr gegeben sein.⁶³⁶ Man muss also davon ausgegangen sein, dass bei einer Gefahr für den Geschäftsherren ein Eingriff des Geschäftsführers regelmäßig im Interesse des Geschäftsherren gelegen habe. Zudem wurde festgestellt, dass der Schadensersatzanspruch des Geschäftsführers nur dann gegeben sei, wenn sein Eingreifen der Intention des Geschäftsherren entsprochen habe.⁶³⁷ Dies deutet stark darauf hin, dass alleine die subjektive Sichtweise des Geschäftsherren maßgeblich sein sollte. Daher kann die Voraussetzung des Willens in § 683 nicht mit dem § 680 „überwunden“ werden. § 683 ist hiernach nur dann anzuwenden, wenn dessen Voraussetzungen vorliegen. Sobald diese aber vorliegen, steht der Anwendung des § 680 innerhalb des § 683, also bei § 670, nichts entgegen. Zu der Handhabung von § 687 gibt es keine Hinweise in den Gesetzgebungsmaterialien. Nach der genetischen Auslegung ist § 680 nur auf die Fälle der berechtigten GoA anzuwenden.

Auch in der früheren Literatur wurde vertreten, dass § 678 nicht durch die Anwendung des § 680 beeinflusst werden sollte.⁶³⁸ Jedoch wurde bereits dort gesagt, dass bei der Beurteilung eines Verschuldens die Notwendigkeit einer schnellen Entscheidung beachtet werden müsse.⁶³⁹ Dies, da bei Beurteilung der Fahrlässigkeit die konkrete Situati-

⁶³¹ Jakobs/Schubert, Recht der Schuldverhältnisse III, S. 122.

⁶³² Jakobs/Schubert, Recht der Schuldverhältnisse III, S. 119.

⁶³³ Jakobs/Schubert, Recht der Schuldverhältnisse III, S. 144.

⁶³⁴ Jakobs/Schubert, Recht der Schuldverhältnisse III, S. 144.

⁶³⁵ Jakobs/Schubert, Recht der Schuldverhältnisse III, S. 144.

⁶³⁶ Jakobs/Schubert, Recht der Schuldverhältnisse III, S. 144.

⁶³⁷ Jakobs/Schubert, Recht der Schuldverhältnisse III, S. 143.

⁶³⁸ Enneccerus, Bürgerliches Recht, Bd I 2, (1914), § 385, S. 482; (1927), § 385, S. 503.

⁶³⁹ Enneccerus, Bürgerliches Recht, Bd I 2, (1914), § 385, S. 482; (1927), § 385, S. 503.

on zu bewerten ist.⁶⁴⁰ Andererseits war das Verständnis von Gefahr teilweise sehr eng: so wurde vertreten, dass ohne das Dazwischentreten des Geschäftsführers alles verloren sein müsse.⁶⁴¹ Später wurde § 680 als Ausnahme zu den §§ 677, 678 gesehen und die Haftungsmilderung des § 680 folglich auf § 678 angewendet.⁶⁴² Dies ist heute noch so. Sowohl Rechtsprechung⁶⁴³ als auch Literatur⁶⁴⁴ gehen davon aus, dass § 680 auf die Fälle berechtigten und unberechtigten GoA anwendbar sein soll. Hierbei wird von der Rechtsprechung freilich betont, dass die Gefahrenlage nicht doppelt bewertet werden dürfe: einmal bei dem Übernahmeverschulden des § 678 und dann bei der Feststellung der groben Fahrlässigkeit, also der Ausführung.⁶⁴⁵ Literatur und Rechtsprechung suchten eher die besondere Notsituation, in der sich der Notgeschäftsführer befand, zu berücksichtigen, während die Gesetzesmaterialien mehr die subjektive Sicht des Geschäftsherren als maßgeblich erachten. Nach übereinstimmender Ansicht von Rechtsprechung und Literatur ist § 680 auf alle Fälle der echten GoA, also auch auf die unberechtigte, anzuwenden.

Hier zeigt sich eine Divergenz der historischen und der genetischen Auslegung. Diese beruht wohl vor allem darauf, dass in den Gesetzesmaterialien nicht erörtert wurde, dass für die Feststellung der Fahrlässigkeit nach den allgemeinen Regeln auch die Situation miteinbezogen werden muss. Aufgrund dieser Tatsache, so scheint es, hat sich die Ansicht entwickelt, dass § 680 auf die unberechtigte GoA anzuwenden sei. Es hat eine schleichende Veränderung zugunsten des Nothelfers stattgefunden. Ob diese gerechtfertigt ist, bleibt zu erörtern.

[c]. Systematik

Die Anordnung des § 680 innerhalb der Vorschriften über die GoA legt den Schluss nahe, dass Haftungserleichterung für die echte, nämlich die berechtigte und unberechtigte, aber nicht die unechte GoA gelten soll. Die unechte GoA ist ganz am Ende geregelt und die sonstigen Vorschriften der GoA finden auf sie ausdrücklich keine Anwendung (§ 687 I). Zwar gilt der ausdrückliche Ausschluss der Anwendbarkeit der Vorschriften nicht für § 687 II. Jedoch wird in Absatz I der gutgläubige Eigengeschäftsführer und in Absatz II der bösgläubige Eigengeschäftsführer normiert; wenn aber bereits der gutgläubige Eigengeschäftsführer keine Haftungsmilderung zugestanden bekommt, kann dies erst recht beim bösgläubigen nicht der Fall sein. Dieser Schluss wird durch Beobachtung

⁶⁴⁰ Dietrich, JZ 1974, 535 (536); RGZ 86, 149 (151); BGH NJW 1952, 217 (217).

⁶⁴¹ Windscheid/Kipp II § 430, S. 915 Fn. 6.

⁶⁴² BGB-RGRK § 680 Anm. 1; Weitnauer, NJW 1962, 1517 (1517).

⁶⁴³ BGHZ 43, 188 (193) unter Berufung auf die Literatur, insbesondere: Weitnauer, NJW 1962, 1517 (1517), der auf das „bezwecken“ abstellt. So auch BGH NJW 1972, 475 (475) mit Verweis auf BGHZ 43, S. 188 ff. Zustimmend Gursky, JuS 1972, 637 (639) wieder ohne Angabe von Gründen.

⁶⁴⁴ Staudinger/Bergmann § 680 Rn. 6; MüKo/Seiler § 680 Rn. 7; Soergel/Beuthien § 680 Rn. 2, 10; Erman/Dornis § 680 Rn. 2; Bamberger/Roth/Gehrlein § 680 Rn. 1; Larenz, SchuldR BT Bd. II 1, § 57 I b, S. 452; Fikentscher/Heinemann, SchuldR, § 87, Rn 1260, S. 627; Gursky, JuS 1972, 637 (639); Weitnauer, NJW 1962, 1517 (1517).

⁶⁴⁵ BGH NJW 1972, 475 (476) obwohl freilich im konkreten Fall anders entschieden wurde.

gen an verschiedenen Stellen des BGB unterstützt: der Bösgläubige haftet grundsätzlich schärfer als der gutgläubige.⁶⁴⁶

Bei den §§ 677, 678 jedoch stellt sich die Lage schwieriger dar: der § 680 steht direkt im Anschluss an beide Vorschriften. Im Bereich dieser echten GoA werden vom Gesetzgeber zwei Arten des Verschuldens vorgegeben: das Übernahmeverschulden und das Ausführungsverschulden. Der Wortlaut des § 680 differenziert nicht hinsichtlich der Art des Verschuldens.

Der § 677 ist die wesentliche Norm für das Ausführungsverschulden und die Grundnorm der berechtigten GoA. Unter Ausführungsverschulden versteht man eine Pflichtverletzung im Ausführungsstadium; daher ist im Rahmen der vertraglichen Haftung gem. § 280 I der § 677 die Vorschrift, die die wesentlichen Pflichten bei der Geschäftsführung normiert. Als solche Norm der Festlegung allgemeiner Pflichten, auf welche sich das Verschulden beziehen kann, muss aber die Haftungsmilderung anwendbar sein.

§ 678 hingegen normiert die Haftung bei Übernahmeverschulden. Hierbei kommt es auf die Erkennbarkeit an. Ein Erkennen oder Nichterkennen als subjektive Voraussetzung kann schuldhaft oder schuldlos geschehen, so dass sich das Verschulden auf die Erkennbarkeit beziehen kann. Andernfalls wäre eine verschuldensunabhängige Haftung gegeben. Diese ist jedoch sonst nur in besonderen Konstellationen gegeben, wie etwa bei der Gefährdungshaftung. Bei der Gefährdungshaftung ist ein wesentliches Element, dass man für den Schaden einer bekannten Gefahr verschuldensunabhängig entsteht. Dies damit man eine Sache wirtschaftlich nutzen kann.⁶⁴⁷ Bemerkenswert ist hier, dass der Eigentümer von der Sache immer um deren Gefährlichkeit weiß oder zumindest wissen kann; diese ist schließlich objektiv gegeben. Somit gibt es auch hier ein Wissenselement. Nur der die Gefahr kennt – oder kennen kann – haftet. Dies ist dann anders, wenn jemand mit Fremdgeschäftsführungswillen eine Gefahr abwenden will; dann soll zum einen gerade verhindert werden, dass eine Gefahr sich verwirklicht. Zum anderen ist dann ein Wissenselement gerade nicht gegeben: der, der nicht erkennt oder und auch nicht erkennen kann, dass die Übernahme gegen den Willen oder gegen das Interesse des Geschäftsherren ist, dem fehlt das Wissen, welches bei der Gefährdungshaftung ein Teil des Haftungsgrundes ist. Dies spricht gegen eine strenge verschuldensunabhängige Haftung gem. § 678 und für die Anwendbarkeit des § 680 auf diese Norm. Durch diese Auslegung wird vor allem der subjektiven Sichtweise des Geschäftsführers Rechnung getragen.

Andererseits wird im BGB oftmals die fahrlässige Unkenntnis der Kenntnis gleichgestellt,⁶⁴⁸ allerdings wird manchmal nur die grob fahrlässige Unkenntnis der

⁶⁴⁶ Siehe z.B.: § 990, § 819 I. Dort geht es aber schwerpunktmäßig darum, dass eine Sache nicht mehr herausgegeben werden kann. Gemeinsam ist den Vorschriften jedoch, dass ab Kenntnis der normale Haftungsmaßstab eingreift und nicht der gemilderte des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses und des Bereicherungsrechts.

⁶⁴⁷ Staudinger/Hager Vorbem. zu §§ 823 ff. Rn. 28.

⁶⁴⁸ § 68 (Vertrauensschutz ins Vereinsregister), § 132 (Zugangsfiktion), § 166 (Schutz vor Missbrauch), § 173 (Vertrauensschutz), § 674 (Fiktion), § 1472 (Vertrauensschutz), § 1698 a (Schutz von Kindesvermögen), § 1980 II (Vermögensschutz/Vertrauensschutz). Hier stehen der Vertrauens – und Vermögensschutz im Vordergrund.

Kenntnis gleichgestellt.⁶⁴⁹ Und andernorts gilt nur die Kenntnis, wohingegen das Kennenmüssen nicht relevant ist.⁶⁵⁰ Bei einem Vergleich der dahinter stehenden Vorschriften kommt man zu dem Schluss, dass die Vorschriften, welche die Kenntnis und die fahrlässige Unkenntnis gleichstellen, ähnliche Konstellationen regeln; dort geht es entweder um Vertrauensschutz oder um Vermögensschutz. Ebenso hier: es geht um den Schutz des Vermögens des Geschäftsführers vor Eingriffen. Zudem ist die Übernahme eine Entscheidung und keine Handlung. Zwar kann auch eine falsche Entscheidung eine Pflichtverletzung im Sinne des § 280 I darstellen; jedoch wollte der Gesetzgeber gerade nicht, dass die Haftungserleichterung aufgrund der menschlichen Fehler, die in der Eile der Entscheidung unterlaufen können eingreift. Dieser Gedanke konnte bei der Auslegung nicht als Sinn und Zweck der Norm festgestellt werden. Vielmehr wurde festgestellt, dass die Risikoübertragung dann geschieht, wenn der Geschäftsherr vom Eingreifen profitiert. Dies spricht gegen eine Anwendbarkeit des § 680 auf den § 678. Durch diese Auslegung wird vor allem dem subjektiven Willen des Geschäftsherren Rechnung getragen.

Die Frage, die sich stellt ist nun: was wurde durch den Gesetzgeber als wichtiger bewertet: die subjektive Hilfsbereitschaft des Geschäftsführers oder der subjektive entgegenstehende Wille des Geschäftsherren?

Nach der Systematik der GoA sowie des restlichen BGB spricht mehr dafür, dass der Gesetzgeber den subjektiven Willen des Geschäftsherren als wichtiger angesehen hat:

Die Rechtsfolgen der berechtigten GoA werden in § 683 geregelt: dieser stellt auf den Willen und das Interesse des Geschäftsherren ab, ohne dass es auf die Erkennbarkeit für den Geschäftsführer ankommt. Dies deutet darauf hin, dass die für den Geschäftsführer positiven Rechtsfolgen von einem Umstand abhängen, den er selbst nicht beeinflussen kann: nämlich dem subjektiven Willen des Geschäftsherren. Da es im Rahmen des § 683 nicht einmal auf die Erkennbarkeit ankommt, bekommt der Geschäftsführer seine Aufwendungen nicht einmal ersetzt, auch wenn er gar nicht erkennen konnte, dass er gegen den Willen oder gegen das Interesse des Geschäftsherren gehandelt hat. Dies ist eine Wertung des Gesetzgebers ausdrücklich zugunsten des subjektiven Willens des Geschäftsherren. Dies wurde bereits durch die Materialien bestätigt.⁶⁵¹ Auch die übrige Rechtsordnung spricht hierfür: im Zivilrecht ist der Eingriff in ein Rechtsgut wie Eigentum oder Besitz ausdrücklich unerwünscht. Dem Grundsatz nach wird der Eingriff in fremde Rechtsgüter missbilligt, wie etwa durch die §§ 823 ff., § 1004 zum Ausdruck kommt, zudem sollen Eigentum (§ 903) und Besitz (§§ 859-861) gegen Eingriffe Dritter verteidigt werden können.

Andererseits wurde bereits gezeigt, dass die Rechtsordnung bei einer Gefahr einen Eingriff in die Rechte eines anderen billigt und ermutigt. Eine Gefahr ist in dieser Kon-

⁶⁴⁹ § 199 (Zeitpunkt des Fristbeginns; Durchsetzbarkeit von Rechten), § 442 (Durchsetzung von Rechten), § 536 b (Durchsetzung von Rechten). Hier steht vor allem die Durchsetzung von Rechten im Vordergrund.

⁶⁵⁰ §§ 111, 119, 140, 305, 312 e I Nr. 2, 314 III, § 356 I Nr. 2, 357 III Nr. 2, 406, 545, 560, ... Hier sind ganz unterschiedliche Gedanken maßgeblich.

⁶⁵¹ Jakobs/Schubert, Recht der Schuldverhältnisse III, S. 143, 144.

stellation⁶⁵² tatsächlich gegeben; jedoch steht der für den Geschäftsführer erkennbare Wille des Geschäftsherren hiergegen. Da der Grundsatz der Rechtsordnung jedoch den Eingriff verbietet und nur in engen Grenzen ein solcher Eingriff erlaubt wird, muss es hier auf den erkennbaren Willen des Geschäftsherren ankommen. Es spricht mithin mehr dafür, den § 680 nicht auf die Erkennbarkeit des § 678 anzuwenden. Wenn eine fahrlässige Nichtkenntnis des Willens gegeben ist, ist entgegen der h.M. der Literatur die verschuldensunabhängige Haftung des § 678 einschlägig.

Beim § 683 schließlich bietet der Wortlaut schon gar keinen Anknüpfungspunkt, wie es beispielsweise § 678 tut; bei § 678 wird auf die Erkennbarkeit des entgegenstehenden Willens abgestellt. An die Erkennbarkeit kann jedoch ein Verschulden anknüpfen, etwa bei schuldhafter Nichtkenntnis. Anders in § 683: dort kommt es nur darauf an, ob der Wille und das Interesse gegeben ist, oder nicht. Dies hat nichts mit einem Verschulden des Geschäftsführers zu tun. Wenn jedoch der § 683 einschlägig ist, dann setzt auch er ein Verschulden voraus. Dieses kann dann wieder Anknüpfungspunkt für die Haftungsmilderung sein.

[d]. *Telos*

§ 680 überträgt die normale Risikoverteilung des Schadensrechts ausnahmsweise teilweise auf den Geschäftsherren, da dieser von dem Eingriff des Geschäftsführers profitiert. Dem Geschäftsführer seinerseits wird ein Eingriff in fremde Rechtsgüter ermöglicht und ein Anreiz gegeben dies zu tun, da er das Risiko des fahrlässig herbeigeführten Schadens nicht tragen muss, womit seine subjektive Hilfsbereitschaft belohnt wird.

Bei der echten GoA liegt immer ein Fremdgeschäftsführungswille vor; wenn jemand diesen hat, dann handelt er bewusst für einen anderen. Wer bewusst für einen anderen handelt, ohne einen unmittelbaren Lohn, tut dies in den meisten Fällen aus Hilfsbereitschaft. Da auch Zweck der Haftungsmilderung ist, die subjektive Hilfsbereitschaft zu belohnen und einen Anreiz zum Eingriff zu geben, muss, wenn ein Fremdgeschäftsführungswille vorliegt, die Haftungsmilderung zum Tragen kommen. Somit könnte diese sowohl auf § 677 als auch auf § 678 anzuwenden sein.

§ 677 als Grundnorm der berechtigten GoA muss im Anwendungsbereich der Haftungsmilderung liegen. Schließlich bildet dieser die Grundlage für die Pflichten des Geschäftsführers, auf welche sich das Verschulden bezieht. Auf das Verschulden wiederum bezieht sich die Haftungsmilderung.

In § 678 hingegen ist eine verschuldensunabhängige Haftung dann gegeben, wenn jemand sich wider besseres Wissen einmischt. Dann soll dieser verschuldensunabhängig haften. Bei § 680 aber wird die Risikoverteilung geändert: wenn der Geschäftsherr vom Eingreifen profitiert, wird das Risiko teilweise auf ihn übertragen. Falls gegen seinen Willen gehandelt wird, profitiert der Geschäftsherr jedoch nicht von dem Eingreifen. Wenn dies für den Geschäftsführer sichtbar ist, soll er sich nicht einmischen. Daher kann er in diesem Fall nicht ermutigt werden sollen. Vielmehr muss er gebremst werden;

⁶⁵² Anders als unten bei der Scheingefahr, S. 101.

wenn er das hingegen nicht erkennen konnte, hinge es aus der Sicht des Geschäftsführers vom Zufall ab, ob er mit oder gegen den Willen des Geschäftsherrn gehandelt hat. Wenn die Nichtkenntnis auf Fahrlässigkeit beruht, so hätte er die Möglichkeit gehabt zu erkennen, dass er nicht berechtigt handelt. Da der Zweck des § 680 nicht ist, die fehlerbehaftete Entscheidung über die Einmischung zu begünstigen, spricht der Sinn und Zweck der Vorschrift gegen eine Anwendbarkeit auf § 678.

Bei § 683 als Rechtsfolge der berechtigten GoA wiederum wird ein finanzielles Risiko verteilt und auch § 680 will ein finanzielles Risiko umbürden. Eine Umbürdung soll aber nur geschehen, wenn der Geschäftsherr davon profitiert. Dies ist nur dann der Fall, wenn der Geschäftsführer sich nach seinem Willen und Interesse richtet. Hat er dies getan, kann bei Einschlägigkeit des § 683 ein milderer Verschuldensmaßstab angenommen werden.

[e]. Zusammenfassung

Nach dem Wortlaut der Vorschriften kann § 680 für die §§ 677, 678 und § 683 gelten, da diese Vorschriften Anknüpfungspunkte für ein Verschulden haben, welches durch den § 680 modifiziert wird. Nach der genetischen Auslegung stand für den Gesetzgeber die subjektive Sicht des Geschäftsherrn im Vordergrund, so dass § 680 nur bei der berechtigten GoA Anwendung finden dürfte. Die historische Auslegung jedoch hat gezeigt, dass Rechtsprechung und Literatur sich inzwischen einig sind, dass § 680 auf die unberechtigte GoA gem. § 678 grundsätzlich Anwendung finden muss. Diese Sicht rührt wohl letztendlich daher, dass im Rahmen der Beachtung jeder Fahrlässigkeit die konkrete Situation zu berücksichtigen ist und daher die Anwendung des § 680 befürwortet wird.

Nach der systematischen Auslegung muss § 680 auf das Ausführungsver schulden der berechtigten GoA gem. § 677 anwendbar sein. § 677 normiert als Grundtatbestand die Pflichten, die der Geschäftsführer zu beachten hat. Auf diesen Grundtatbestand muss die Haftungserleichterung anwendbar sein. Auf die Übernahme im Rahmen des § 678 hingegen kann nach systematischen Gesichtspunkten der § 680 nicht angewendet werden. Zwar könnte ein schuldhaftes Verhalten und somit der Haftungsmaßstab an die Erkennbarkeit anknüpfen. Jedoch wird im BGB die fahrlässige Unkenntnis der Kenntnis oft gleichgestellt, wenn es um den Schutz des Vertrauens oder des Vermögens geht. Ebenso geht es um den Schutz des Vermögens des Geschäftsherrn vor Eingriffen. Die für den Geschäftsführer positiven Rechtsfolgen der GoA hängen also maßgeblich vom subjektiven Willen des Geschäftsherrn ab. Hierfür spricht das BGB als Rechtsordnung: der Eingriff in Rechtsgüter anderer ist ausdrücklich unerwünscht und nur in engen Grenzen ausnahmsweise zugelassen.

Unter teleologischen Gesichtspunkten ist beachtlich, dass es nicht Zweck der Haftungserleichterung ist, menschliche Fehler aufgrund von Eile zu begünstigen, sondern eine Risikoübertragung zu erreichen, wenn der Geschäftsherr vom Eingreifen profitiert. Auch dies spricht gegen eine Anwendbarkeit des § 680 auf den § 678. Hierfür spricht zu-

dem der § 683, der mangels Verschuldenserfordernisses gar keinen Anknüpfungspunkt für den § 680 bietet.

Sowohl die genetische Auslegung als auch die Systematik und das Telos sprechen stark dafür, dass der subjektive Wille des Geschäftsherren der ausschlaggebende Gesichtspunkt sein soll. Daher ist § 680 nur auf die berechnigte GoA anzuwenden.

[2]. *Ergebnis*

§ 680 ist lediglich auf § 677 und § 683, wenn dessen sonstige Voraussetzungen gegeben sind, anwendbar. Auf § 678 ist er entgegen der h.M. nicht anwendbar. Also nur bei der berechnigten GoA kann die Haftungsprivilegierung angewendet werden. Hierfür sprechen bereits die Materialien. Entscheidend aber ist, dass eine Anwendbarkeit auf die unberechnigte GoA gem. § 678 nicht in Frage kommt, da sich die Sorgfalt auf eine Kenntnis bezieht, im BGB jedoch an ähnlichen Stellen Kenntnis und fahrlässige Unkenntnis gleich gestellt werden. Zudem handelt es sich bei der Übernahme um eine Entscheidung, während die Haftungsmilderung sich auf eine Handlung bezieht.

dd. Scheingefahr

Nun stellt sich noch die Frage, ob die Haftungsmilderung ebenfalls bei nicht tatsächlichem Vorliegen einer Gefahr angewendet werden muss.

[1]. *Anwendbar bei Irrtum*

Einer Ansicht nach soll die Haftungserleichterung des § 680 auch dann gelten, wenn die Gefahr nur irrtümlich angenommen wurde, mithin gar keine wirkliche Gefahr vorlag.⁶⁵³ Der weite Wortlaut der Vorschrift lasse dies zu; die Finalität („um die Gefahr abzuwehren“) setze nicht voraus, dass die Gefahr tatsächlich vorliege oder erfolgreich abgewendet werde.⁶⁵⁴ Die Finalität des § 680 lasse erkennen, dass es auf die Sicht des Geschäftsführers ankomme.⁶⁵⁵ Andererseits wird die Finalität nicht als ausreichende Begründung gesehen; dies rechtfertige nur, die Haftungsmilderung anzuwenden, wenn die Gefahrenabwehr nicht erfolgreich gewesen sei.⁶⁵⁶ Für eine solche Auslegung allerdings spreche der Zweck der Vorschrift, eine rasche, unkomplizierte Hilfe ohne zu strenge Haftungsrisiken zu ermöglichen.⁶⁵⁷ Diesem Zweck der Vorschrift stehe es entgegen, dem freiwilligen Helfer das durch § 678 verschärfte Irrtumsrisiko aufzubürden.⁶⁵⁸ Schließlich könnten dem Helfer in der irrtümlich angenommenen gebotenen Eile ebenso wie in einer wirklich gebotenen

⁶⁵³ Soergel/Beuthien § 680 Rn. 8; Bamberger/Roth/Gehrlein § 680 Rn. 1; Wittman, Begriff und Funktion der GoA, S. 135; Bartsch, AcP 171 (1971), 218 (219); Dietrich, JZ 1974, 535 (535); Giesen, JURA 1996, 288 (291); Erman/Ehmann § 680 Rn. 5 (12. Aufl.), a.A. nun Erman/Dornis § 680 Rn. 4.

⁶⁵⁴ Bartsch, AcP 171 (1971), 218 (219), Fn. 11.

⁶⁵⁵ Giesen, JURA 1996, 288 (291).

⁶⁵⁶ Soergel/Beuthien § 680 Rn. 8.

⁶⁵⁷ Fricke, MDR 1977, 315 (315); Soergel/Beuthien § 680 Rn. 8; Erman/Ehmann § 680 Rn. 5 (12. Aufl.).

⁶⁵⁸ Soergel/Beuthien § 680 Rn. 8.

Eile menschlich verständliche Fehler unterlaufen.⁶⁵⁹ Auch die Rechtsprechung geht von einer Anwendbarkeit des § 680 bei einem Irrtum aus, wenn der Irrtum ohne grobe Fahrlässigkeit angenommen wurde.⁶⁶⁰ Nur dann nämlich liege objektiv eine Gefahr vor, so dass der § 680 einschlägig sei.⁶⁶¹ § 680 wurde auch bejaht, wenn der Geschäftsherr selbst die Scheingefahr verursacht hatte und der Geschäftsführer deshalb ohne grobe Fahrlässigkeit eine Gefahr angenommen hatte.⁶⁶²

Es stellt sich die Frage nach der Rechtsfolge: soll der sich im Irrtum befindliche Notgeschäftsführer Ersatz gem. § 683 verlangen können?

Problematisch sei in diesem Zusammenhang, dass § 683 ein Interesse oder einen zustimmenden Willen des Geschäftsherren voraussetzt, welche bei einer Scheingefahr aber regelmäßig nicht gegeben sind.⁶⁶³ Daher wird allgemeiner das Spannungsverhältnis bei einer Scheingefahr wie folgt erkannt: einerseits soll die Begünstigung der uneigennütigen Hilfeleistung bevorzugt werden, andererseits soll eine aufgedrängte Nothilfe dem Geschäftsherren nicht schaden.⁶⁶⁴

Es wird für die Rechtsfolgen vorgeschlagen:

Haftung des vermeintlichen Notgeschäftsführers: als Rechtsfolge soll § 680 für denjenigen Geschäftsführer gelten, der die Gefahrenlage nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig annimmt.⁶⁶⁵ Eine Haftung gem. § 678 und § 823 solle ausgeschlossen sein.⁶⁶⁶

Haftung des vermeintlich gefährdeten Geschäftsherren: ein Aufwendungsersatz gem. § 683, 670 solle nur dann gegeben sein, wenn der Geschäftsherr die Anscheinsgefahr zumindest fahrlässig begründet habe.⁶⁶⁷

Jedoch werden auch andere Schlüsse aus dem Interessenskonflikt zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherren gezogen: Bei einer unberechtigten GoA sei der Schutz des Geschäftsherren vorrangig, wie sich aus § 678 ergebe.⁶⁶⁸ Da auch der Geschäftsführer schutzwürdig sei, sei § 680 auf § 678 anzuwenden: ein Übernahmeverschulden sei nur dann gegeben, wenn der Geschäftsführer den Willen oder das Interesse des Geschäftsherren vorsätzlich oder grob fahrlässig verkannt habe.⁶⁶⁹ Ein „gutgläubiger Erwerb eines Aufwendungsersatzanspruches“ gem. §§ 683, 670 hingegen verbiete sich.⁶⁷⁰

⁶⁵⁹ Wittman, Begriff und Funktion der GoA, S. 134.

⁶⁶⁰ OLG München WM 1999, 1878 (1879); BAG NJW 1976, 1229 (1230).

⁶⁶¹ BAG NJW 1976, 1229 (1230).

⁶⁶² OLG Karlsruhe VersR 1981, 774 (774,775).

⁶⁶³ Dietrich, JZ 1974, 535 (538).

⁶⁶⁴ Dietrich, JZ 1974, 535 (535).

⁶⁶⁵ Soergel/Beuthien § 680 Rn. 8; Erman/Ehmann § 680 Rn. 5 (12. Aufl.); Dietrich, JZ 1974, 535 (539). BAG NJW 1976, 1229 (1230; stellt sogar auf eine leicht fahrlässige Übernahme ab); OLG München WM 1999, 1878 (1879); BAG NJW 1976, 1229 (1230).

⁶⁶⁶ Soergel/Beuthien § 680 Rn. 8.

⁶⁶⁷ Soergel/Beuthien § 680 Rn. 8; OLG Karlsruhe VersR 1981, 774 (774,775).

⁶⁶⁸ Martinek, JuS 1997, 612 (618).

⁶⁶⁹ Martinek, JuS 1997, 612 (618); so auch OLG München WM 1999, 1878 (1879).

⁶⁷⁰ Martinek, JuS 1997, 612 (618).

Oder es wird eine gänzlich systemfremde Lösung vorgeschlagen: Es bestehe eine Divergenz der Rechtsfolgen: der Geschäftsherr bekomme seinen Schaden nur dann ersetzt, wenn der Geschäftsführer grob fahrlässig gehandelt habe (§§ 280 I, 680); den eigenen Schaden bekomme der Geschäftsführer aber gem. §§ 683, 670 nicht ersetzt, auch wenn ihn gar kein Verschulden träfe (weil er gegen den Willen des Geschäftsherren handelt).⁶⁷¹ Hier sei einmal der Schadensersatz an die grobe Fahrlässigkeit geknüpft, das andere Mal sogar ohne Verschulden nicht gegeben.⁶⁷² Daher sei es nur „folgerichtig“, die Haftung des vermeintlichen Notgeschäftsführers für seinen eigenen Schaden zu mindern.⁶⁷³ Dies sei als Ausnahme von dem gängigen System der GoA zu sehen.⁶⁷⁴

[2]. Nicht anwendbar bei Irrtum

Anderer Ansicht nach soll § 680 bei einer nicht in Wirklichkeit vorliegenden Gefahrenlage nicht eingreifen:⁶⁷⁵ der Wortlaut sei insoweit nicht eindeutig.⁶⁷⁶ Die Vorschrift greife aufgrund ihrer Finalität ein, wenn das Handeln nicht zum Erfolg geführt habe, keineswegs aber wenn erst gar kein Anlass zum Eingreifen bestanden habe.⁶⁷⁷ Der Zweck der Vorschrift sei die Risikozurechnung an den tatsächlich objektiv Gefährdeten.⁶⁷⁸ Im Rahmen der Interessensbewertung dürfe nicht außer Acht gelassen werden, dass die Privilegierung des Geschäftsführers den Geschäftsherren schutzlos stelle.⁶⁷⁹ Wenn eine Gefahrenlage hingegen in Wahrheit nicht bestehe, sei der Geschäftsherr jedoch schützenswert.⁶⁸⁰ Dies gelte selbst dann, wenn der Geschäftsherr den Schein der Gefahr zurechenbar gesetzt habe, da in diesem Fall eine Sonderverbindung, die zum Schadensersatz verpflichten könne, gar nicht bestehe.⁶⁸¹ Der Geschäftsherr müsse vor „aufgedrängter Hilfe“ geschützt werden, was sich auch aus § 678 ergebe.⁶⁸² Die GoA liege bei einer Scheingefahr schließlich weder im Interesse noch entspreche sie dem Willen des Geschäftsführers.⁶⁸³ Die dringende Gefahr müsse wirklich gegeben sein, weil die Ratio Legis den Geschäftsführer aufgrund des Gedankens der überholenden Kausalität begünstige;⁶⁸⁴ der Geschäftsführer könne nämlich einwenden, dass ohne sein Eingreifen der Schaden noch größer geworden wäre.⁶⁸⁵ Ein Handeln nur in guter Absicht sei hingegen nicht zu

⁶⁷¹ Dietrich, JZ 1974, 535 (538).

⁶⁷² Dietrich, JZ 1974, 535 (538).

⁶⁷³ Dietrich, JZ 1974, 535 (538).

⁶⁷⁴ Dietrich, JZ 1974, 535 (538).

⁶⁷⁵ Staudinger/Bergmann § 680 Rn. 13; MüKo/Seiler § 680 Rn. 5; Erman/Dornis § 680 Rn. 4; Wollschläger, die GoA, S. 282; Berg, JuS 1975, 681 (686); Medicus/Lorenz, SchuldR II BT, § 131 II 1 b), Rn. 1116, S. 374.

⁶⁷⁶ MüKo/Seiler § 680 Rn. 5.

⁶⁷⁷ Berg, JuS 1975, 681 (686).

⁶⁷⁸ MüKo/Seiler § 680 Rn. 5; so auch OLG Frankfurt, MDR 1976, 1021 (1021).

⁶⁷⁹ Staudinger/Bergmann § 680 Rn. 13.

⁶⁸⁰ Staudinger/Bergmann § 680 Rn. 13.

⁶⁸¹ Staudinger/Bergmann § 680 Rn. 13.

⁶⁸² Berg, JuS 1975, 681 (686).

⁶⁸³ Berg, JuS 1975, 681 (686).

⁶⁸⁴ Wollschläger, die GoA, S. 278.

⁶⁸⁵ Staudinger/Bergmann § 680 Rn. 13.

privilegieren.⁶⁸⁶ Der Sinn und Zweck des § 680 sei nicht vorrangig die uneigennützige Hilfe zu begünstigen, sondern die Norm enthalte eine Risikozurechnung auf den Träger des geförderten Interesses.⁶⁸⁷ In der Praxis griffen zudem die §§ 2 I Nr. 13 a), 13 SGB VII ein, weil ein Unglücksfall in diesem Sinne auch dann gegeben sei, wenn man von einem solchen ausgehen durfte.⁶⁸⁸

Hieraus ergeben sich folgende Rechtsfolgen: Der Geschäftsführer haftet für jeglichen Schaden voll. Gem. § 254 könne ein Mitverschuldensanteil des Geschäftsherren berücksichtigt werden, wenn dieser den Schein der Gefahr zurechenbar veranlasst habe.⁶⁸⁹ Zudem hafte er dann gem. § 823 wegen psychisch vermittelter Kausalität.⁶⁹⁰

[3]. Würdigung

Je nach bevorzugtem Ergebnis wird in der Literatur der Zweck der Vorschrift ermittelt: diejenigen, die bei Scheingefahr den § 680 nicht anwenden wollen, sehen den Zweck des § 680 in der Risikozurechnung des Schadenseintrittes auf den tatsächlich Gefährdeten, bzw. in der überholenden Kausalität, welche nur bei tatsächlicher Gefahr gegeben ist. Diejenigen hingegen, die den § 680 bei Scheingefahr anwenden wollen, stellen auf die Bereitschaft für gewollte und staatlich geförderte uneigennützige Hilfe in Notsituationen ab, die menschliche Fehler verständlich macht.

Das Ergebnis der Auslegung lässt den Zweck der Vorschrift aber wie folgt erscheinen: § 680 überträgt die normale Risikoverteilung des Schadensrechts ausnahmsweise teilweise auf den Geschäftsherren, da dieser von dem Eingriff des Geschäftsführers profitiert. Dem Geschäftsführer seinerseits wird ein Eingriff in fremde Rechtsgüter ermöglicht und ein Anreiz gegeben dies zu tun, da er das Risiko des fahrlässig herbeigeführten Schaden nicht tragen muss, womit seine subjektive Hilfsbereitschaft belohnt wird. Der Sinn und Zweck der Vorschrift erschöpft sich nicht in der einseitigen Begünstigung des Geschäftsführers oder der einseitigen Belastung des Geschäftsherren; vielmehr bezieht er sich sowohl auf den Geschäftsführer als auch den Geschäftsherren.

Anhand des Zweckes der Vorschrift soll nun ermittelt werden, ob eine Anwendbarkeit des § 680 bei einer irrtümlich angenommenen Gefahr gegeben sein soll.

[a]. Wortlaut

Der Wortlaut der Vorschrift für sich alleine gesehen, insbesondere die Finalität, kann beiden Argumentationssträngen Unterstützung geben. Einerseits ist dieses Bezwecken dann gegeben, wenn die wirkliche Gefahr nicht erfolgreich abgewendet werden kann. Möglicherweise bezieht sich das Bezwecken der Abwendung der Gefahr daher nur auf die Erfolglosigkeit der Hilfe für eine wirklich vorliegende Gefahr. Andererseits kann

⁶⁸⁶ Wollschläger, die GoA, S. 280.

⁶⁸⁷ Wollschläger, die GoA, S. 282.

⁶⁸⁸ Staudinger/Bergmann § 680 Rn. 13; Berg, JuS 1975, 681 (686).

⁶⁸⁹ Staudinger/Bergmann § 680 Rn. 13.

⁶⁹⁰ Staudinger/Bergmann § 680 Rn. 13.

nach dem bloßen Wortlautverständnis auch der Bekämpfer einer Scheingefahr die Abwehr dieser (Schein-)Gefahr bezwecken. Der Wortlaut lässt also beide Interpretationsmöglichkeiten zu.

[b]. *Historie*

Aus dem Materialien ergibt sich, dass durchaus an einen Irrtum gedacht wurde: grundsätzlich sollte die irrige Meinung eines Geschäftsführers, beauftragt oder sonst dazu verpflichtet worden zu sein, ohne Einfluss auf seine Haftpflicht sein.⁶⁹¹ Eine gesonderte Bestimmung hierüber wurde jedoch nicht in das Gesetz übernommen, weil man der Ansicht war, dass eine abschließende Beurteilung der Rechtswissenschaft überlassen werden solle.⁶⁹² Es sei nämlich zweifelhaft, ob der Geschäftsführer, der ohne Verschulden einem Irrtum unterliege für geringe Fahrlässigkeit aufkommen solle.⁶⁹³ Somit hat der Gesetzgeber ausdrücklich an den Fall des Irrtumes gedacht, jedoch keine klärende Norm aufgenommen, weil die Behandlung dieser Konstellation Aufgabe der Wissenschaft sein sollte. Hier liegt mithin sogar eine offene Lücke vor. Diese muss von Literatur und Rechtsprechung im Einklang mit den Grundintentionen des Gesetzgebers geschlossen werden. Wie oben gesehen war diese Intention der Gesetzesschaffer, eine ausgewogene Regelung zu schaffen, die die Interessen des Geschäftsherren und des Geschäftsführers berücksichtigt. Da der Gesetzgeber nun keine Vorgaben gemacht hat, muss versucht werden, im Einklang mit dem Zweck der Norm und der sonstigen Rechtsordnung eine Lösung zu finden.

In der frühen Literatur wurde angenommen, dass die Gefahr nicht wirklich bestanden haben muss, da die Handlung ausdrücklich die Abwendung der Gefahr nur bezwecken müsse.⁶⁹⁴ Bei einem Irrtum solle es daher darauf ankommen, ob dieser fahrlässig entstanden sei; falls die Gefahr leicht fahrlässig angenommen wurde, habe der Geschäftsführer nach den allgemeinen Regeln zu haften.⁶⁹⁵ Die Beurteilung der Gefahrenlage als solche sollte also nur die Haftungserleichterung des § 680 nach sich ziehen, wenn kein fahrlässiger Irrtum vorlag. Denn nur dann sei ein „drohend“ und „dringend“ gegeben.⁶⁹⁶ Allerdings wurde diese strenge Ansicht abgemildert indem bei Beurteilung der Fahrlässigkeit die konkrete Gefahrensituation mit einbezogen werden sollte.⁶⁹⁷ Ebenfalls in der Rechtsprechung wird eine Anwendbarkeit des § 680 vertreten, wenn der Irrtum ohne grobe Fahrlässigkeit angenommen wurde.⁶⁹⁸ Nur dann nämlich liege auch objektiv eine Gefahr vor, so dass der § 680 einschlägig sei.⁶⁹⁹

⁶⁹¹ Jakobs/Schubert, Recht der Schuldverhältnisse III, S. 126.

⁶⁹² Jakobs/Schubert, Recht der Schuldverhältnisse III, S. 126.

⁶⁹³ Jakobs/Schubert, Recht der Schuldverhältnisse III, S. 126.

⁶⁹⁴ Enneccerus, Bürgerliches Recht, Bd I 2, (1914), § 385, S. 482; (1927), § 385, S. 503; BGB-RGRK § 680 Anm. 2.

⁶⁹⁵ Oertmann, Recht der SV, § 680 S. 726; BGB-RGRK § 680 Anm. 2.

⁶⁹⁶ Oertmann, Recht der SV, § 680 S. 726.

⁶⁹⁷ Oertmann, Recht der SV, § 680 S. 726.

⁶⁹⁸ OLG München WM 1999, 1878 (1879); BAG NJW 1976, 1229 (1230).

⁶⁹⁹ BAG NJW 1976, 1229 (1230).

Heute ist das Meinungsspektrum in der Literatur weit: einer Ansicht nach soll die Haftungserleichterung bei Scheingefahr einschlägig sein. Hierfür sprächen die Finalität und der Zweck der Vorschrift, rasche Hilfe zu leisten. Es werden allerdings jeweils andere Schlüsse gezogen, weswegen die Vorstellung über die Rechtsfolgen weit differiert. Anderer Ansicht nach ist die Haftungsbegrenzung nicht bei einer bloßen Scheingefahr angewendet werden, da die Interessensbewertung der Parteien die Risikoübertragung nur beim Vorliegen einer wirklichen Gefahr wollten. Rechtsfolge ist die ungemilderte Haftung des Geschäftsführers, die eventuell um einen Mitverschuldensanteil des Geschäftsherren gekürzt ist, falls dieser die Scheingefahr zurechenbar verursacht hat.

Während in der frühen Literatur und der Rechtsprechung der § 680 dann Anwendung findet, wenn der Irrtum nicht grob fahrlässig war, gehen heute jedoch die Literaturmeinungen auseinander. Selbst wenn man sich in der Sache einig ist, dass eine Scheingefahr relevant sein soll, werden zahlreiche verschiedene Rechtsfolgenvarianten vertreten. Es hat sich mithin noch kein gewohnheitsrechtliches Institut herausgebildet, welches von der überwiegenden Rechtsgemeinschaft befürwortet wird. Hier gebietet die genetische Auslegung, dass die Rechtslehre eine Lösung finden solle, was aber, wie in der historischen Auslegung gesehen noch nicht anhand einer konsensfähigen Lösung der Fall ist.

[c]. Systematik

Bei einem Irrtum des Geschäftsführers über das Vorliegen einer Gefahr ist aus der Sicht des Geschäftsführers keine Veränderung der Situation gegeben. Aus der Sicht des Geschäftsherren jedoch ist der Eingriff in seine Rechtsgüter nicht mehr erwünscht, da in Wirklichkeit keine Gefahr vorliegt. Wenn in der Grundkonstellation die Interessen von Geschäftsführer und Geschäftsherren gleichläufig waren, so sind sie nun gegenläufig. Das Problem, das hieraus entsteht, ist das Spannungsverhältnis zwischen erwünschter Hilfe in der Not und unerwünschten Eingriffen in private Rechte und Rechtsgüter.⁷⁰⁰

Die Rechtsordnung geht davon aus, dass die Hilfe in einem Notfall erwünscht ist und sogar gefördert werden soll, wie bereits oben gesehen.

Auf der anderen Seite ist die Rechtsordnung bemüht, bestehende Rechtsgüter zu erhalten. Man denke an die bereits erwähnten Schutzpflichten und Schadensersatz für Mangelgeschäden im Vertragsrecht; im außervertraglichen Bereich an die §§ 823 ff. Außerdem soll die Einwirkung Fremder ausgeschlossen werden (§ 1004), Eigentum (§ 903) und Besitz (§§ 859-861) sollen gegen Eingriffe Dritter verteidigt werden können. Generell schützt die Rechtsordnung daher bestehende Rechte und Rechtsgüter umfassend vor den Eingriffen anderer.

In diesem Spannungsverhältnis ist nun die Konstellation der irrtümlich angenommenen Gefahr zu beurteilen.

Fraglich ist, ob das BGB an anderer Stelle eine Antwort auf die Frage gibt, wie ein Irrtum zu behandeln ist. Bei einem Irrtum im Rahmen der §§ 227, 228, also einer Putativnotwehr oder eines Putativnotstandes ist die Handlung rechtswidrig und verpflich-

⁷⁰⁰ Wie Dietrich, JZ 1974, 535 (535) erkennt.

tet zum Schadensersatz, wenn der Irrtum verschuldet ist.⁷⁰¹ Hier kommt es folglich auf das Verschulden des Irrtumes an. Anders ist dies bei § 229: wer bei der Selbsthilfe gem. § 229, der ausnahmsweise zur Durchsetzung oder Sicherung eines Anspruches durch private Gewalt⁷⁰² einem Irrtum unterliegt, haftet schuldunabhängig für Schadensersatz gem. § 231.⁷⁰³ Dort muss mithin nicht einmal ein Verschulden gegeben sein. Unterschied zwischen den §§ 227, 228 und dem § 229 ist, dass § 229 lediglich zur Durchsetzung eines Anspruches dient, während die §§ 227, 228 bei einem Angriff oder einer Gefahr eingreifen. Der wesentliche Unterschied zwischen Angriff oder Gefahr und einem Anspruch ist, dass die Durchsetzung eines Anspruches grundsätzlich eine gewisse Zeit – nämlich bis er verjährt – möglich ist. Hingegen ist einem Angriff oder einer Gefahr, um diese abzuwenden, sofort zu begegnen. Auch im Rahmen der Notgeschäftsführung ist eine Gefahr bzw. eine irrtümlich angenommene Gefahr gegeben, gegen welche sofort vorgegangen werden soll. Daher ist eine Gefährdungshaftung, wie sie § 231 vorsieht, hier nicht passend; vielmehr muss es wie in den §§ 227, 228 darauf ankommen, ob der Irrtum verschuldet war oder nicht.

Zwar gibt es im BGB noch weitere Irrtumsregeln,⁷⁰⁴ diese unterscheiden sich jedoch von der hier vorliegenden Konstellation dadurch, dass hier der Irrtum nicht über eine Gefahrenlage besteht, die sich alsbald in einem Schaden manifestieren kann.

Im Strafrecht ist ebenfalls eine Irrtumskonstellation möglich. Im Unterschied zum Zivilrecht ist diese jedoch ausdrücklich im StGB geregelt (§§ 16, 17 StGB). Im Unterschied zum Zivilrecht regelt das Strafrecht jedoch den staatlichen Strafanspruch, so dass eine Parallele nur mit Vorsicht gezogen werden kann.⁷⁰⁵ Auch im übrigen Öffentlichen Recht gibt es Konstellationen, in denen ein Irrtum relevant werden kann. Beispielsweise wird im Polizeirecht zwischen Anscheinsgefahr und Scheingefahr unterschieden: die Anscheinsgefahr gilt als Gefahr im polizeirechtlichen Sinne,⁷⁰⁶ da der Irrtum dort nicht vorwerfbar ist, während die Scheingefahr nicht als polizeirechtliche Gefahr gilt, da der Irrtum vorwerfbar ist.⁷⁰⁷ Hier kommt es daher gleichfalls darauf an, ob der Irrtum vorwerfbar ist. Allerdings sind im Öffentlichen Recht die Beteiligten nicht Private, sondern es steht der Staat auf einer Seite, welcher nach der Konzeption der Rechtsordnung wesentlich weitergehende Pflichten gegenüber Privaten hat, als Private untereinander. Daher ist ein Vergleich höchst vorsichtig zu ziehen. Bemerkenswert ist jedenfalls, dass in anderen Rechtsgebieten die Vermeidbarkeit bzw. die Vorwerfbarkeit des Irrtums eine entscheidende Rolle spielen soll.

In der übrigen Rechtsordnung, vor allem im BGB, kommt es für die Beurteilung einer irrtümlichen Annahme einer Gefahrenlage mithin darauf an, ob der Irrtum verschuldet wurde oder nicht.

⁷⁰¹ MüKo/Grothe § 227 Rn. 22.

⁷⁰² Palandt/Ellenberger § 229 Rn. 1.

⁷⁰³ MüKo/Grothe § 231 Rn. 2.

⁷⁰⁴ Beispielsweise Anfechtung wegen Irrtum: §§ 119, 318, 779, 2078; oder Irrtum über die Person des Geschäftsherren § 686.

⁷⁰⁵ In diesem Sinne auch MüKo/Grothe § 227 Rn. 1.

⁷⁰⁶ Schenke, Polizeirecht, § 3 II 3 b) Rn. 80.

⁷⁰⁷ Schenke, Polizeirecht, § 3 II 3 c) Rn. 82.

Da die Vorschrift des § 680 jedoch zudem eine Risikoverteilung im Rahmen des Schadensrechtes ist, welches den Schaden grundsätzlich nach Verursachungsanteilen zu verteilen sucht, muss auch eine Rolle spielen, ob die Scheingefahr schuldhaft gesetzt wurde oder nicht. Zu beachten sollte mithin sein, ob der Irrtum verschuldet und ob die Scheingefahr schuldhaft gesetzt wurde.

Um eine umfassende Bewertung der Fragestellung zu erreichen, muss man sich zunächst vor Augen führen, welche Konstellationen möglich sind.

Fall 1: Irrtum nicht verschuldet, Scheingefahrenlage schuldhaft herbeigeführt.

Fall 2: Irrtum nicht verschuldet, Scheingefahrenlage nicht schuldhaft herbeigeführt.

Fall 3: Irrtum verschuldet, Scheingefahrenlage nicht schuldhaft herbeigeführt.

Fall 4: Irrtum verschuldet, Scheingefahrenlage schuldhaft herbeigeführt.

Außerdem muss man sich überlegen, welche Ansprüche zwischen den Beteiligten in Frage kommen. Die folgende Darstellung beschränkt sich auf die Behandlung von Schadenersatzansprüchen.

Alle Konstellationen sind in der Systematik der GoA eine echte GoA. Das Geschäft ist ein fremdes, es wird ohne Auftrag oder sonstige Berechtigung geführt. Auch liegt der Fremdgeschäftsführungswille vor. In der weiteren Prüfung ist jedoch zu unterscheiden, ob eine berechtigte oder unberechtigte GoA vorliegt.⁷⁰⁸ Eine berechtigte GoA liegt vor, wenn der Geschäftsführer mit Willen oder im Interesse des Geschäftsherren handelt; eine unberechtigte GoA mit den Rechtsfolgen des § 678 liegt vor, wenn eine GoA gegen den Willen des Geschäftsherren vorlag, was der Geschäftsführer erkennen konnte.

[aa]. Fälle 1 und 2: berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag

In den Fällen 1 und 2, wenn der Irrtum nicht verschuldet ist, also der Geschäftsführer bei aller gebotener Sorgfalt nicht erkennen konnte, dass eine Gefahr in Wirklichkeit nicht vorlag, kann eine unberechtigte GoA, welche nach § 678 zu behandeln ist, nicht vorliegen. § 678 stellt auf den Willen des Geschäftsherren und dessen Erkennbarkeit für den Geschäftsführer ab. Wenn der Geschäftsführer ohne Verschulden nicht erkennt, dass eine Gefahr in Wirklichkeit nicht vorlag, so wird der Wille des Geschäftsherren nicht erkennbar gewesen sein. Wenn der Irrtum unverschuldet war, ist vielmehr davon auszugehen, dass sich der Geschäftsführer nach dem objektiven Interesse richtet. Richtet er sich nicht nach dem objektiven Interesse und ist der Wille nicht erkennbar, so unterliegt er dem Irrtum nicht unverschuldet. Um dies verständlich zu machen ein Bei-

⁷⁰⁸ Das Gesetz gibt den Begriff der berechtigten bzw. unberechtigten GoA zwar nicht vor; allerdings sieht es zwei verschiedene Rechtsfolgen vor (einmal § 678 bei „unberechtigter“ und das andere Mal § 683 bei „berechtigter“ GoA). Da es relevant ist, nach welcher Norm die Rechtsfolgen behandelt werden und ob im Rahmen dieser Norm der § 680 angewendet werden kann, wird hier an dieser traditionellen Differenzierung festgehalten. Anders Wollschläger, *de GoA*, S. 47 und Staudinger/Bergmann *Vorbem* zu §§ 677 ff. Rn. 98, der diese Unterscheidung kritisiert, da unter anderem die Entstehen des gesetzlichen Schuldverhältnisses von einer im Gesetz nicht verankerten Aussage abhängig mache. M.E. nach kann aber ebenso die unberechtigte GoA ein gesetzliches Schuldverhältnis darstellen, so dass eine Differenzierung vor allem der Klarheit bei den Rechtsfolgen innerhalb der GoA-Regeln dient.

spiel: der Geschäftsherr hat ein Hausgrundstück mit Garage. Die Garage ist ihm aber schon lange ein Dorn im Auge. Der Geschäftsführer ist der Nachbar. Während der Geschäftsherr unerreichbar in Urlaub ist, fallen fehlerhaft befestigte Dachziegel vom Haus des Geschäftsherren auf die Garage, welche nun einsturzgefährdet ist. Der Geschäftsführer beseitigt die Ziegel und stützt das Garagendach, weil er nicht weiß, dass der Geschäftsherr die Garage lieber loswerden möchte. (Fall 1) Er unterliegt einem Irrtum, weil er denkt, der Geschäftsherr werde einen Vermögensschaden erleiden, wenn er die Garage nicht abstützt. Hier handelt er jedoch nach dem objektiven Interesse und daher unterliegt er dem Irrtum nicht schuldhaft. Dies wird in allen Fallkonstellationen, in denen der Wille nicht erkennbar war, so sein: ist der Irrtum nicht verschuldet, so hat sich der Geschäftsführer nach dem objektiven Interesse gerichtet.

[aaa]. Ansprüche des Geschäftsherren gegen den Geschäftsführer auf Schadensersatz

Zunächst zu den Ansprüchen des Geschäftsherren gegen den Geschäftsführer. Es kommt ein Schadensersatzanspruch gem. § 280 I i.V.m. GoA in Betracht. Bilden wir das Beispiel weiter: bei der Entfernung des Astes und dem Abstützen der Garage beschädigt der Geschäftsführer leicht fahrlässig das Blumenbeet des Geschäftsherren. Nach § 280 I hat der Geschäftsführer Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Wenn ihm jedoch die Haftungsmilderung des § 680 zugute käme, könnte er von der Haftung befreit sein, da er nur leicht fahrlässig gehandelt hat. Da der Geschäftsführer im objektiven Interesse des Geschäftsherren gehandelt hat, den Irrtum mithin nicht verschuldet hat, musste er davon ausgehen, dass eine Gefahr vorlag. Hier war aufgrund der objektiven Lage das Eingreifen des Geschäftsführers erforderlich. Hinzu kommt, dass der Geschäftsherr selbst durch fehlerhaft befestigte Dachziegel die Scheingefahr geschaffen hat. Da sich diese Lage so dargestellt hat, liegt es im Zweck der Haftungsmilderung, diese anzuwenden. Bei einer Notlage, welche als eine solche nach objektiven Kriterien angesehen werden muss, soll der Geschäftsführer helfen, ohne mit einer strengen Haftung belastet zu sein. Da dies immer im objektiven Interesse des Geschäftsherren liegen wird, ist dies – zumindest objektiv – für ihn günstig. Dies wäre aber auch der Fall, wenn nicht fehlerhaft befestigte Ziegel, sondern ein schwerer Ast auf das Dach gefallen wäre. (Fall 2) In diesem Fall könnte der Geschäftsherr nichts für den Schein der Gefahr. Dennoch ist die Lage so, dass der Geschäftsführer uneigennützig zu Hilfe eilt, was der § 680 unterstützen möchte. Auch der Gedanke der Risikoverteilung spricht nicht entgegen: schließlich wird der Geschäftsführer im Interesse des Geschäftsherren tätig. Dass dies nicht seinem Willen entspricht, war objektiv nicht erkennbar. Den Geschäftsherren belastet dies nicht über Gebühr; er muss dann zwar hinnehmen, dass eine Einmischung in seine Angelegenheiten erfolgt. Jedoch darf man nicht aus den Augen verlieren, dass die Vorschriften der GoA gerade auch seinem Wohl dienen: wenn eine Haftungsprivilegierung bei Gefahr den Geschäftsführer begünstigt, so hat dieser einen Anreiz, zu helfen und uneigennützig zu handeln, was bei einer wirklichen Gefahr dem Geschäftsherren zugutekommt.

[bbb]. Zwischenergebnis

In den Konstellationen der Fälle 1 und 2 ist im Rahmen des Schadensersatzanspruches des Geschäftsherren gegen den Geschäftsführer gem. § 280 I der § 680 anwendbar, weil der Geschäftsführer bei einem nicht vermeidbaren Irrtum stets im objektiven Interesse des Geschäftsherren handelt.

[ccc]. Ansprüche des Geschäftsführers gegen den Geschäftsherren auf Schadensersatz

Für den Anspruch des Geschäftsführers gegen den Geschäftsherren bedeutet dies, dass diese Konstellationen der berechtigten GoA gem. § 683 zu behandeln sind. Fraglich ist jedoch, ob im Rahmen des § 683 der § 680 anzuwenden ist. Die erforderlichen Aufwendungen kann der Geschäftsführer nun vom Geschäftsherren verlangen. Hier kommt es nicht auf ein Verschulden an; die Aufwendungen durfte er machen, weil er im objektiven Interesse des Geschäftsherren gehandelt hat. Fraglich sind jedoch die Schadensersatzansprüche. Darüber, dass es solche geben muss, ist man sich weitgehend einig;⁷⁰⁹ jedoch werden diese von der Rechtsprechung aus den §§ 683, 677 analog und von Teilen der Literatur aus § 110 HGB analog hergeleitet.⁷¹⁰ Um bei dem Beispiel zu bleiben: bei der Entfernung des Astes und dem Abstützen der Garage beschädigt der Geschäftsführer leicht fahrlässig seine Hose. Fraglich ist, ob sich der § 680 auswirken muss. Dieser könnte im Rahmen des Mitverschuldens Berücksichtigung finden. Da es sich um eine berechnigte GoA handelt, bei welcher der Geschäftsführer seinen Irrtum nicht erkennen konnte, kann dieser Irrtum auch im Rahmen des Schadensersatzanspruches nicht relevant sein. In Fall 1 hat sogar der Geschäftsherr die Scheingefahr schuldhaft gesetzt. Der Geschäftsführer hatte gar keine andere Möglichkeit als von einer Gefahr auszugehen, da das Annehmen einer Gefahr durch ihn nicht verschuldet war. § 680 möchte die subjektive Hilfsbereitschaft begünstigen. Diese wurde hier aber berechnigt angenommen, da der Geschäftsführer nicht erkennen konnte, dass in Wirklichkeit keine Gefahr vorlag. Da der Geschäftsführer dies nicht erkennen konnte, hat er sich nach dem objektiven Interesse gerichtet. Dieses objektive Interesse kommt dem Geschäftsherren – zumindest objektiv – zugute. Daher ist es angebracht, dass das Risiko des Schadenseintrittes teilweise auf ihn überbürdet wird. Folglich muss sich der § 680 auswirken. Ein leicht fahrlässiges Mitverschulden kann den Anspruch des Geschäftsführers nicht kürzen.

In Fall 2 hat der Geschäftsherr die Scheingefahr nicht schuldhaft gesetzt, daher könnte dort eine andere Bewertung notwendig sein. Obwohl der Geschäftsherr nichts getan hat, greift der Geschäftsführer in seinen Rechtskreis ein und zwar gegen den Willen des Geschäftsherren.

Dies könnte ähnlich einer aufgedrängten Bereicherung sein; objektiv wird eine Verbesserung der Vermögenslage herbeigeführt, die subjektiv aber nicht gewünscht ist. Bei der aufgedrängten Bereicherung ist man sich einig, dass diese nicht zu ersetzen ist.⁷¹¹ Al-

⁷⁰⁹ Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht § 18 II 1 b) aa), Rn. 428, S. 196.

⁷¹⁰ Schwarz/Wandt, gesetzl. Schuldverhältnisse, § 5 Rn. 41.

⁷¹¹ Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht § 34 VII 2, Rn. 899, S. 438.

lerdings ist zum einen das Ziel des Bereicherungsrechtes nicht der Schadensersatz sondern die Rückabwicklung von Gütern. Zum anderen ist in der Bereicherungskonstellation kein Notfall gegeben.⁷¹²

Hier jedoch ist zumindest aus objektiver Sicht eine Gefahr gegeben, welche zum Eingreifen herausfordern kann. Daher ist der Eingriff des Geschäftsführers für den Geschäftsherren günstig, auch wenn er subjektiv nicht erwünscht ist. Grund für die Haftungsmilderung ist nämlich unter anderem die Vorteilhaftigkeit für den Geschäftsherren, welche objektiv gegeben ist. Dies kombiniert mit der Belohnung der subjektiven Hilfsbereitschaft kann keine andere Behandlung als Fallgruppe 1 zulassen: Da letztlich auch die Hilfsbereitschaft des Geschäftsführers belohnt werden soll, von deren Erfordernis er fehlerfrei ausgegangen ist, muss sich der § 680 auswirken. Es kann also keinen Unterschied machen, dass der Geschäftsherr die Scheingefahr nicht verursacht hat; schließlich ist ein Grund für die teilweise Risikoumverteilung, dass der Geschäftsherr von dem Eingriff profitiert. Dies ist objektiv in dieser Fallkonstellation immer noch der Fall. Daher ist die Risikoumverteilung noch gerechtfertigt.

[ddd]. Zwischenergebnis

In den Konstellationen der Fälle 1 und 2 ist im Rahmen des Schadensersatzanspruches des Geschäftsführers gegen den Geschäftsherren gem. § 683 analog der § 680 anwendbar, weil auch hier die objektive Lage für ein Eingreifen gesprochen hat.

[bb]. Fälle 3 und 4 unberechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag

In den Fällen 3 und 4, wenn der Irrtum des Geschäftsführers verschuldet war, liegt keine berechtigte GoA vor, da der Geschäftsführer dann entgegen dem objektiven Interesse gehandelt hat. Zur Veranschaulichung werden die Fälle 1 und 2 abgewandelt, indem das Haus des Geschäftsherren sehr gut in Stand gehalten ist, während die Garage bereits verfallen ist. Einmal fällt ein Ast (Fall 3) das andere Mal ein unsorgfältig befestigter Dachziegel des Hauses (Fall 4) auf die bereits vernachlässigte Garage.

[aaa]. Ansprüche des Geschäftsherren gegen den Geschäftsführer auf Schadensersatz

Wieder wurde durch leichte Fahrlässigkeit das Blumenbeet des Geschäftsherren in Mitleidenschaft gezogen.

Für die Auswirkung des § 680 gibt es zwei Möglichkeiten: einmal könnte er bewirken, dass bei leicht fahrlässiger ÜBERNAHME der Notgeschäftsführung die strenge Vorschrift des § 678 nicht anwendbar ist. Zum anderen könnte bei AUSFÜHRUNG der mildere Sorgfaltsmaßstab des § 680 greifen. Bei der Beschädigung des Blumenbeetes ist ein leichtes Ausführungsverschulden gegeben. Bereits bei der Übernahme hat der Geschäftsführer leicht fahrlässig die Interessen des Geschäftsherren verkannt.

⁷¹² Schellhammer, SchuldR nach AGL, Rn. 846, S. 463.

[bbb]. Übernahmeverschulden

Rechtsfolge der unberechtigten Übernahme der GoA ist § 678. Der Geschäftsführer ist dem Geschäftsherren zum Ersatz des diesem entstandenen Schadens verpflichtet, wenn die Übernahme gegen den Willen des Geschäftsherren geschah. Fraglich ist, ob sich § 680 auswirken muss und damit die verschuldensunabhängige Haftung des § 678 „aus-schalten“ soll.

§ 678 ist eine verschuldensunabhängige Haftung, während in § 680 nur ab grober Fahrlässigkeit gehaftet wird. Grund für die strenge Haftung nach § 678 ist, dass sich der Geschäftsführer entgegen dem Willen des Geschäftsherren in dessen Rechtskreis einmischt. Der Geschäftsherr ist schutzwürdig, weil er grundsätzlich davon ausgehen kann, dass er mit seinen Sachen so verfahren kann, wie er es für richtig hält und sich niemand einmischt. Grund für den § 680 ist die Risikoverteilung bei dem gewünschten Eingriff und die Privilegierung der uneigennützigen Hilfe.

Da ein Umgehen des § 678 der Systematik der berechtigten bzw. unberechtigten GoA widerspräche, müssten schwerwiegende Gründe hierfür sprechen. Dies ist indes nicht der Fall. Der § 680 stellt eine Ausnahme vom Verbot des Eingriffes in fremde Rechtsgüter dar; der Eingriff besteht in einer Handlung. Hingegen geht es hier um die Übernahme der Geschäftsführung. Die Übernahme – im Gegensatz zur Ausführung – ist keine Handlung, sondern eine Entscheidung. Diese Entscheidung hat aber der Gesetzgeber nicht privilegiert. Dies wird durch § 678 bestätigt, der bei fehlerhafter Übernahme sogar ohne Verschulden eine Haftung vorsieht. Etwas anderes ergibt sich nicht durch Sinn und Zweck des § 680. Dieser will das Risiko der Schadensentstehung verteilen. Ein Schaden beruht indes grundsätzlich auf einer Handlung. Durch die bloße Entscheidung, einzugreifen wird noch kein Schaden verwirklicht. Daher ist auch bei leichter Fahrlässigkeit hinsichtlich des Irrtums der § 678 anzuwenden. Dies ergibt sich bereits daraus, dass beim tatsächlichen Vorliegen einer Gefahr bereits die Anwendung des § 680 auf den § 678 verneint wurde; daher muss dies beim Nichtvorliegen einer tatsächlichen Gefahr erst recht der Fall sein. Sowohl in Fall 3 als auch in Fall 4 ist bei einem Übernahmeverschulden mithin § 678 anzuwenden.

[ccc]. Ausführungsverschulden

Falls man mit einer zunehmend vertretenen Ansicht annimmt, dass die unberechtigte GoA auch gesetzliches Schuldverhältnis ist,⁷¹³ besteht die Möglichkeit eines Schadensersatzanspruches aufgrund Ausführungsverschuldens gem. § 280 I i.V.m. unberechtigter GoA.⁷¹⁴ Fraglich ist, ob sich an dieser Stelle § 680 auswirken soll. § 680 steht systematisch gesehen nicht nur hinter der berechtigten GoA, sondern auch hinter der unberechtigten GoA. Dies kann dafür sprechen, dass er bei der unberechtigten GoA anwendbar ist.

⁷¹³ Brox/Walker, Besonderes SchuldR, § 37 Rn. 2; Schwarz/Wandt, gesetzl. Schuldverhältnisse, § 5 Rn. 57; i.E. auch Staudinger/Bergmann Vorbem. zu §§ 677 ff. Rn. 98.

⁷¹⁴ Anderer Ansicht nach ist § 678 abschließend und diese Konstellationen sind im Deliktsrecht zu lösen (Larenz, SchuldR BT Bd. II 1, § 57 II a, S. 452).

In Fall 3 ist der Irrtum verschuldet, der Schein der Gefahr aber nicht schuldhaft gesetzt. Der Geschäftsführer ist dort nicht schutzwürdig; indes überwiegt die Schutzwürdigkeit des Geschäftsherren, der selbst keine Ursache für das irrtümliche Eingreifen des Geschäftsführers gesetzt hat. Daher ist die Haftungsmilderung des § 680 nicht anzuwenden. Dieser setzt in seiner Grundkonstellation ein Interesse des Geschäftsherren voraus, welches hier nicht objektiv gegeben ist. Die Risikoverteilung zu seinen Lasten kann nicht geschehen. Zudem kann nicht die subjektiv vorliegende Hilfsbereitschaft belohnt werden, da diese auf einem verschuldeten Irrtum beruht.

In Fall 4 liegt die Sachlage nicht so eindeutig, da hier zwar der Geschäftsführer einem verschuldeten Irrtum unterliegt, aber auch der Geschäftsherr die Scheingefahrenlage schuldhaft verursacht hat. Jedoch ist zu beachten, dass der Geschäftsführer immer noch ohne Rechtfertigung in den Rechtskreis eines anderen eingreift, während der Geschäftsherr nur in Bezug auf seinen eigenen Rechtskreis schuldhaft handelt. Der Eingriff in den Rechtskreis eines anderen soll jedoch nur ausnahmsweise geschehen dürfen; wenn erkennbar war, dass kein Eingriff hätte erfolgen dürfen, durfte der Geschäftsführer diesen nicht ausführen. Dem Zweck des § 680 ist bereits damit Rechnung getragen, dass bei unverschuldetem Irrtum, auch wenn der Geschäftsherr die Scheingefahrenlage nicht selbst schuldhaft herbeigeführt hat, der § 680 greift. Sobald jedoch der Irrtum verschuldet ist, kann der Sinn des § 680 nicht mehr zum Tragen kommen. Denn dann besteht objektiv keine Gefahrenlage, die ein beherztes Eingreifen notwendig macht. Die Risikoumverteilung auf den Geschäftsherren ist dann nicht mehr notwendig. Auch in der Fallkonstellation 4 ist § 680 nicht zu berücksichtigen.

Kein Argument kann sein, dass dem Geschäftsführer in der vermeintlichen Eile menschliche Fehler unterlaufen könnten; der menschliche Fehler ist zwar ein einleuchtender Gesichtspunkt, jedoch vom Zweck der Norm nicht umfasst und daher kein Argument, um die Haftungsprivilegierung anzuwenden

[ddd]. Zwischenergebnis

Ansprüche des Geschäftsherren gegen den Geschäftsführer müssen nach § 678 beurteilt werden, ohne dass § 680 eingreift. Dies, da § 678 eine verschuldensunabhängige Haftung normiert, so dass § 680 keinen Anknüpfungspunkt hat. Dieser bezieht sich auf eine Handlung und nicht auf eine Entscheidung.

Auch beim Anspruch des Geschäftsherren gegen den Geschäftsführer gem. § 280 I wegen Ausführungsver schulden wird in dieser Fallkonstellation nicht durch § 680 beeinflusst, da der Eingriff des Geschäftsführers nicht zugunsten des Geschäftsherren passiert, weil objektiv keine Gefahrenlage vorliegt.

[eee]. Ansprüche des Geschäftsführers gegen den Geschäftsherren auf Schadensersatz

Ein Aufwendungsersatzanspruch gem. § 683 steht dem Geschäftsführer nicht zu, da es sich um einen Fall der unberechtigten GoA handelt und daher § 683 nicht anwendbar ist. Eine analoge Anwendung des § 683 für Schadensersatz kommt folglich auch nicht in

Betracht. Daher stellt sich die Frage der Anwendbarkeit des § 680 in dieser Konstellation mangels Anspruchsgrundlage gar nicht.

[fff]. Zwischenergebnis

Ansprüche des Geschäftsführers gegen den Geschäftsherren auf Schadensersatz bestehen in dieser Konstellation mangels Anspruchsgrundlage nicht.

[d]. Telos

Sinn und Zweck der Vorschrift ist einerseits die teilweise Risikoübertragung auf den Geschäftsherren, da dieser von der Hilfe profitiert und andererseits die Ermöglichung des Eingriffes in fremde Rechtsgüter, ohne die Tragung des Risikos des fahrlässig herbeigeführten Schaden, um die subjektive Hilfsbereitschaft zu belohnen. Da dieser Sinn und Zweck sowohl die Interessen des Geschäftsführers, als auch die Interessen des Geschäftsherren beinhaltet, und beiden versucht, Rechnung zu tragen, muss dieser Ausgleich ebenso im Rahmen eines Irrtums erfolgen. Da im Einklang mit der Systematik der GoA hier eine Lösung gefunden wurde, die die jeweiligen Interessen der Parteien berücksichtigt, ist diese im Rahmen der Systematik gefundene Lösung auch mit dem Telos der Vorschrift zu vereinbaren.

Einerseits wird immer noch die subjektiv vorliegende Hilfsbereitschaft belohnt, wenn der Geschäftsführer einem unverschuldeten Irrtum unterliegt. Diese ist dann nicht mehr zu belohnen, wenn der Irrtum erkennbar war; dann hätte der Geschäftsführer wissen müssen, dass er nicht berechtigt ist, in den Rechtskreis des Geschäftsherren einzugreifen. Ebenso für den Geschäftsherren ist die Lösung tragbar: wenn der Geschäftsführer den Irrtum nicht verschuldet hat, weil er sich nach dem objektiven Interesse gerichtet hat, ist dies für den Geschäftsführer immer noch objektiv günstig. Wenn hingegen der Irrtum des Geschäftsführers verschuldet war und er nicht dem objektiven Interesse entsprechend gehandelt hat, wird das Risiko des Schadenseintrittes nicht auf den Geschäftsherren verlagert, auch wenn er selbst die Scheingefahr schuldhaft gesetzt hat. Durch diese Bewertung ist eine ausgeglichene Bewertung möglich, wie sie der Gesetzgeber durch die Rechtslehre gewünscht hat.

[e]. Zusammenfassung

Dem Wortlaut des § 680 nach könnte dieser bei einem Irrtum anwendbar sein. Die Gesetzgebungsmaterialien geben keine Vorgaben; vielmehr wird dieses konkrete Problem der Rechtswissenschaft überlassen, so dass eine offene Regelungslücke vorliegt. Während früher in der Literatur noch keine intensive Auseinandersetzung mit dieser Problematik erfolgte, ist das Meinungsspektrum heute sehr weit gefächert. Eine konsensfähige Lösung kann derzeit nicht ausgemacht werden. Der BGH musste zu dieser Problematik noch nicht ausdrücklich Stellung nehmen. Die Instanzgerichte und das BAG hingegen sind für eine Anwendbarkeit des § 680 auf einen Irrtum; dieser darf nicht grob fahrlässig angenommen worden sein. Dann wird der Geschäftsführer behandelt, als habe tatsächlich eine Gefahr vorgelegen.

Die hier vorgeschlagene Lösung unterscheidet im Einklang mit der sonstigen Rechtsordnung danach, ob der Irrtum verschuldet war oder nicht bzw. ob die Scheingefahrenlage schuldhaft verursacht wurde oder nicht.

Wenn der Irrtum nicht verschuldet wurde, also im Fall der berechtigten GoA, ist § 680 auf gegenseitige Schadensersatz – und Aufwendungsersatzansprüche anwendbar, weil wenigstens objektiv der Geschäftsherr vom Eingreifen des Geschäftsführers profitiert. Selbst wenn der Geschäftsherr die Scheingefahr nicht schuldhaft verursacht hat, liegt diese objektive Lage vor, in der das Eingreifen des Geschäftsführers erwünscht ist.

Wenn der Irrtum hingegen verschuldet wurde, also eine unberechtigte GoA vorliegt, ist § 680 nicht anwendbar. Bei einem Übernahmeverschulden kann die verschuldensunabhängige Haftung des § 678 nicht durch § 680 beeinflusst werden, weil dort eine Entscheidung gegeben ist, die Haftungsmilderung sich jedoch auf eine Pflichtverletzung und somit auf eine Handlung beziehen muss. Auch bei einem Ausführungsverschulden kann § 680 nicht eingreifen, weil mangels objektiver Gefahrenlage kein Interesse des Geschäftsherren gefördert wird. Bei Gegenansprüchen des Geschäftsführers auf Schadensersatz ist bereits kein Anknüpfungspunkt für § 680 gegeben, da die Voraussetzungen des § 683 nicht vorliegen. Für diese Beurteilung spricht auch der Sinn und Zweck der Vorschrift, nach dem einerseits die subjektive Hilfsbereitschaft des Geschäftsführers gefördert werden soll, andererseits aber der Geschäftsherr von diesem nur ausnahmsweise erlaubten Eingriff profitieren soll.

[4]. Ergebnis

Entgegen der in der Literatur vorherrschenden Meinungen ist weder grundsätzlich § 680 anzuwenden noch von der Anwendung abzusehen. Mit der Systematik des Gesetzes ist zwischen berechtigter und nicht berechtigter GoA zu unterscheiden.⁷¹⁵ Bei berechtigter GoA ist im Rahmen des Schadensersatzanspruches gem. § 280 I der § 680 zu berücksichtigen. Bei unberechtigter GoA ist der § 678 bzw. der § 280 I anzuwenden, ohne dass der § 680 zum Tragen käme. Da der Gesetzgeber eine Lösung der Rechtslehre überlassen hat, beruht diese Lösung auf einer ausgewogenen Abwägung zwischen den Interessen der beteiligten Parteien. Maßgeblicher Gesichtspunkt war hierbei, ob der Irrtum verschuldet bzw. die Scheingefahr schuldhaft gesetzt wurde. Hierbei hat sich gezeigt, dass es im Wesentlichen darauf ankommt, ob der Irrtum verschuldet war, weil dies von der objektiven Lage abhängt. Diese Lage, wie sie sich den Handelnden darstellt, als Ausgangspunkt zu nehmen, gibt jeder Partei die Möglichkeit, ihr Handeln entsprechend zu steuern.

e. § 968

Auch der Finder haftet nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Im Gesetzgebungsverfahren wurde bedacht, dass der Finder die Sache verwahren müsse, dann aber nur Vor-

⁷¹⁵ So im Ansatz bereits Martinek, JuS 1997, 612 (618), wobei hier die Rechtsfolgen nicht ganz deutlich werden.

satz und grobe Fahrlässigkeit oder die *diligentia quam in suis* zu vertreten habe.⁷¹⁶ Angenommen wurde schließlich die Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, da es angemessen scheine, die Haftung des Finders ebenso zu regeln wie die des Geschäftsführers zur Gefahrenabwehr.⁷¹⁷ Hiermit hielt man sich an die älteren deutschen Rechtstraditionen.⁷¹⁸ Jedoch wurde die Frage, ob der Fund eine besondere Art der GoA sei, absichtlich offen gelassen, da ein Rückgriff auf die Vorschriften der GoA mit Schwierigkeiten verbunden sei, die man dem Gesetzesanwender ersparen wollte.⁷¹⁹ Jedoch sollte eine entsprechende Anwendung der GoA Vorschriften auch nicht ausgeschlossen sein.⁷²⁰ Die systematische Stellung im Sachenrecht rührt daher, dass der Finder Eigentümer der Sache werden kann; hauptsächlich wird jedoch die schuldrechtliche Beziehung zwischen Finder und Eigentümer normiert.⁷²¹

aa. Sinn und Zweck

[1]. Wortlaut

„Der Finder hat nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten.“

Die Formulierung dieser Haftungsbeschränkung entspricht genau der des § 521 bzw. § 599. Bei § 680 hingegen wird zusätzlich angeordnet, dass der Haftungsmaßstab nur bei der Geschäftsführung zur Gefahrenabwehr gilt; hier gibt es keine solche Einschränkung. Dies spricht dafür, dass der Finder umfassend begünstigt werden soll. Aus dem Wortlaut der anderen Vorschriften des Fundes ergibt sich, dass der Finder verschiedenen Pflichten nachkommen muss. Der, der diesen Pflichten nachkommt, soll hinsichtlich der Haftung privilegiert werden. Der Finder nimmt nun Handlungen vor, die er nicht vorgenommen hätte, wenn der Eigentümer die Sache nicht verloren hätte. Diese Handlungen nimmt er zugunsten des Eigentümers vor, dessen Chancen sich hierdurch erhöhen, wieder in Besitz der Sache zu kommen. Es gibt mithin ein Element der Fremdnützigkeit. Dieses wird nicht durch den zu erwartenden Finderlohn ausgeschlossen, da dieser rechtlich nicht als direkte Gegenleistung zu sehen ist, sondern die Ehrlichkeit des Finders belohnen soll.⁷²² Tatsächlich jedoch wird der Finderlohn eine Art der Gegenleistung darstellen. Der Finderlohn ist allerdings hauptsächlich dazu gedacht, jemanden zu ermutigen, sich in ehrlicher Absicht der Fundsache anzunehmen.⁷²³ Außerdem ist der Finderlohn am Wert der Fundsache bemessen und nicht am Wert der Handlung; daher bleibt es auch tatsächlich bei einer fremdnützigen Handlung. Dem Wortlaut nach handelt es sich um eine Begünstigung desjenigen, der für einen anderen helfend eingreift ohne einen unmittelbaren adäquaten Vermögensvorteil hieraus zu ziehen.

⁷¹⁶ Protokolle der zweiten Kommission, Bd. III, S. 258.

⁷¹⁷ Protokolle der zweiten Kommission, Bd. III, S. 259.

⁷¹⁸ Soergel/Henssler Vor § 965 Rn. 1.

⁷¹⁹ Motive zum BGB, Bd. III, S. 376.

⁷²⁰ Motive zum BGB, Bd. III, S. 380.

⁷²¹ Kohler-Gehring, VBlBW 1995, 377 (377); Soergel/Henssler Vor § 965 Rn. 3

⁷²² Palandt/Bassenge § 971 Rn. 1.

⁷²³ MüKo/Oechsler § 971 Rn. 1; Soergel/Henssler § 971 Rn. 1; Staudinger/Gursky § 971 Rn. 1.

[2]. *Historie/Genetik*

Bei der Gesetzgebung wurde zunächst festgehalten, dass es Sinn des Fundrechtes sei, die verlorene Sache wieder zum Berechtigten zu bringen.⁷²⁴

Sodann wird in den Gesetzgebungsmaterialien ausdrücklich auf die GoA zur Gefahrenabwehr Bezug genommen; der Finder hafte wie derjenige, der zur Gefahrenabwehr die Geschäfte eines anderen freiwillig besorge.⁷²⁵ Hiermit ist ausgedrückt, dass der Finder ähnlich des Geschäftsführers ohne Auftrag ein Geschäft für einen anderen besorgt, indem er sich der Sache annimmt und den Pflichten des Finders nachkommt. Zweck des § 680 war die Risikoverteilung zulasten desjenigen, der von der Handlung des Privilegierten profitiert und die Ermutigung zum Eingriff ohne das Risiko eines fahrlässig herbeigeführten Schadens tragen zu müssen. Dies kann für den Fund zutreffen; auch hier profitiert der Eigentümer von dem Eingriff des Finders, der seinen Pflichten nachkommt. Der Finder seinerseits kann sich der Sache annehmen, ohne sich einem großen Haftungsrisiko auszusetzen. Da der Gesetzgeber ausdrücklich auf die GoA zur Gefahrenabwehr verweist, ist anzunehmen, dass der Sinn und Zweck der Haftungserleichterung im Fund auf grundsätzlich denselben Erwägungen beruht. Die weitreichenden Änderungen im Fundrecht zielten nicht auf die Haftungsmilderung ab.⁷²⁶

Somit ist nach der genetischen Auslegung der Sinn der Vorschrift, das Risiko eines fahrlässig herbeigeführten Schadens auf den Eigentümer, der von dem Eingreifen des Finders profitiert, zu übertragen und dem Finder im Gegenzug den Eingriff zu ermöglichen und ihn dazu zu ermutigen, ohne dem Haftungsrisiko ausgesetzt zu sein.

[3]. *Systematik*

Im Vergleich zu den anderen Haftungsmilderungen auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit ist der Fund im Sachenrecht verortet. Jedoch ist dies vor allem deshalb der Fall, weil der Finder Eigentümer der Sache werden kann; indes ist die Beziehung zwischen Finder und Eigentümer schuldrechtlich ausgestaltet.⁷²⁷

Dieses gesetzliche Schuldverhältnis geht der Finder ein, indem er die Sache an sich nimmt.⁷²⁸ Einerseits verschlechtern sich somit für den Eigentümer dessen Chancen auf das Wiederfinden der Sache, da die Position der Sache verändert wird. Die Verschlechterung ist aber nur dann gegeben, wenn der Eigentümer nachvollziehen kann, wo er die Sache verloren hat. Andererseits werden die Chancen hierdurch in allen übrigen Fällen verbessert, indem der Finder seinen gesetzlichen Pflichten nachkommt und die Ermittlung des Eigentümers in die Wege leitet und die Sache vor dem Zugriff anderer verwahrt. Durch die Normierung des Fundrechtes und der Pflichten des Finders zeigt das Gesetz, dass der Eingriff des Finders erwünscht ist, weil in den meisten Fällen die Chancen des Eigentümers auf eine Wiedererlangung besser werden. Der Haftungsmilderung kommt

⁷²⁴ Motive zum BGB, Bd. III, S. 376.

⁷²⁵ Protokolle der zweiten Kommission Bd. III, S. 259.

⁷²⁶ Soergel/Henssler Vor § 965 Rn. 2.

⁷²⁷ Soergel/Henssler Vor § 965 Rn. 3.

⁷²⁸ MüKo/Oechsler § 965 Rn. 9.

daher eine Belohnungs – oder Ermutigungsfunktion zu. Schließlich geht der Finder dieses Schuldverhältnis ein, ohne eine unmittelbare Gegenleistung zu erhalten. Zusätzlich ist der Empfangsberechtigte wohl in den meisten Fällen selbst daran schuld, dass er nicht mehr im Besitz der Sache ist.

Auch liegt ein Vergleich mit den anderen schuldrechtlichen Haftungsmilderungen auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit nahe.

Sinn der Haftungsmilderung bei Schenkung und Leihe war die dauerhafte Vermögensminderung auszugleichen. Dies kann hier indes nicht der Fall sein: eine solche ist in dieser Konstellation nicht gegeben. Zum einen kann der Finder Aufwendungen ersetzt verlangen, und zum anderen hat er einen Anspruch auf Finderlohn oder er wird sogar Eigentümer der Sache. Ein ähnlicher Zweck wie bei Schenkung und Leihe kann daher – trotz der genau gleichen Formulierung – nicht verfolgt werden.

Möglicherweise kann ein Vergleich mit § 300 weiter helfen. Dort hat der Gläubiger eine Obliegenheitsverletzung begangen, wegen der der Schuldner weniger streng haftet. Man könnte sagen, dass im Verlust der Sache eine Obliegenheitsverletzung gegeben ist. Schließlich entspricht es nicht dem eigenen Interesse, eine Sache zu verlieren. Der Zweck des § 300 ist aber auch, dem Schuldner, welcher mit der Hauptleistungspflicht belastet bleibt, die Haftung zu erleichtern. Der Finder ist mit der Sache belastet; sobald er sie an sich nimmt, darf er sich ihrer nicht mehr beliebig entledigen. Das Verhältnis der Beteiligten zueinander ist also in beiden Konstellationen ähnlich. Damit würde hinter § 968 der Sinn und Zweck stehen, das Risiko teilweise auf den Berechtigten zu überbürden, um den Finder zu entlasten; jedoch keine komplette Risikoübertragung, weil die Sache sich im Einflussbereich des Finders befindet.

Dass der Sinn und Zweck, der hinter dem § 680 steht, nach Ansicht des Gesetzgebers auch hinter dem § 968 stehen sollte, wurde bereits gezeigt. Dies ist ebenso aus systematischer Sicht zutreffend, da auch der Finder sich eines fremden Geschäfts annimmt und zugunsten eines anderen handelt. Der Unterschied ist lediglich, dass im Rahmen der GoA die Haftung nur im Falle der Notgeschäftsführung beschränkt wird, während sie im Fundrecht generell beschränkt wird. Dies ist jedoch nur auf den ersten Blick ein Unterschied; bei genauerem Hinsehen stellt dies eine Gemeinsamkeit dar. Bei der GoA besteht eine Notsituation nur ausnahmsweise. Im Fundrecht hingegen befindet sich das Eigentums – oder Besitzrecht des Empfangsberechtigten jedoch bereits dann in Gefahr, wenn die Sache verloren ist. Mit anderen Worten: die Gefahr ergibt sich aus der besonderen Situation im Fundrecht, so dass eine deutliche Parallele zu § 680 gegeben ist.⁷²⁹ Der Sinn der Haftungsmilderung ist aus systematischen Gesichtspunkten daher der gleiche wie bei § 680, wo der Eingriff in die Rechtsgüter eines anderen ausnahmsweise erwünscht war, wenn er zur Abwendung einer Gefahr geschieht. Das Schadensrisiko wird dort teilweise auf den Geschäftsherren verlagert, der von dem Eingriff profitiert. Auf den Fund übertragen bedeutet das, dass der Eingriff erwünscht ist, wenn eine Sache verlo-

⁷²⁹ So auch die h.M.: Baur/Stürner, Sachenrecht, § 53 G I, Rn. 77, S. 735; Prütting, Sachenrecht, § 45, Rn. 497, S. 203; Soergel/Henssler Vor § 965 Rn. 4; MüKo/Oechsler § 965 Rn. 1.

ren ist, da das Eigentums – oder Besitzrecht in Gefahr ist. Der Empfangsberechtigte profitiert von den Bemühungen des Finders, woraus eine teilweise Übertragung des Schadensrisikos resultiert.

Sinn und Zweck der Vorschrift ist in systematischer Hinsicht somit die Belohnung bzw. Ermutigung zum Handeln sowie die teilweise Risikoübertragung auf den Eigentümer, der von der Handlung des Finders profitiert.

[4]. Zusammenfassung

Der Sinn und Zweck der Vorschrift stellt sich also wie folgt dar: Nach dem Wortlaut handelt es sich um eine Begünstigung desjenigen, der für einen anderen helfend eingreift ohne einen unmittelbaren adäquaten Vermögensvorteil hieraus zu ziehen.

Nach der genetischen Auslegung wird das Risiko eines fahrlässig herbeigeführten Schadens auf den Eigentümer übertragen, der von dem Eingreifen des Finders profitiert. Im Gegenzug wird das Eingreifen des Finders ermutigt. Diese Risikoübertragung ähnelt ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien der des § 680. Auch die systematische Auslegung zeigt, dass dem Finder wie in § 680 das Eingreifen in fremde Rechtsgüter zu deren Schutz ausnahmsweise erlaubt ist, da durch die Erfüllung der Finderpflichten die Rückgabe an den Eigentümer möglich wird. Daher ist eine Ermutigung zu diesem Eingriff gegeben. Diese Ermutigung besteht nicht in einer der Handlung adäquaten Bezahlung, sondern tritt nur im Fall der Schadensverwirklichung als Entlastung des Vermögens ein.

bb. Ergebnis

Es soll also einerseits der Finder, der ohne eigenen unmittelbaren adäquaten Vermögensvorteil hilft, ermutigt und entlastet werden, während das Risiko der leichten Fahrlässigkeit auf den Eigentümer übertragen wird, der von der Handlung des Finders profitiert und der die Lage durch den Verlust der Sache oftmals selbst herbei geführt hat.

cc. Nur für den redlichen Finder

Fraglich ist nun, wie die Vorschrift angewendet werden soll; insbesondere ob sie nur auf den redlichen Finder anzuwenden ist.

Die Haftungsmilderung soll nur auf den redlichen Finder anzuwenden sein,⁷³⁰ da nur dieser im subjektiven Interesse des Verlierers handle.⁷³¹ Auch bei § 680 sei die Voraussetzung der Fremdgeschäftsführungswille.⁷³² Der unredliche Finder sei dagegen gem. §§ 687 II, 678 analog für den zufälligen Untergang oder die zufällige Verschlechterung verantwortlich.⁷³³ Der Gleichlauf mit den Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag ergebe sich unter anderem daraus, dass der Finder ebenso wie der Geschäftsführer

⁷³⁰ Staudinger/Gursky § 968 Rn. 2; jurisPK/Martinek § 968 Rn. 1; MüKo/Oechsler § 968 Rn. 1.

⁷³¹ Staudinger/Gursky § 968 Rn. 2.

⁷³² MüKo/Oechsler § 968 Rn. 1.

⁷³³ jurisPK/Martinek § 968 Rn. 1; Staudinger/Gursky § 968 Rn. 2.

im Interesse des Eigentümers bzw. Geschäftsherren tätig wird.⁷³⁴ Bei dem Fund handele es sich um eine „besonders geregelte nützliche Art der Geschäftsführung ohne Auftrag“.⁷³⁵

Zunächst stellt sich die Frage, was mit Redlichkeit gemeint ist. Redlichkeit ist zunächst einmal eine subjektive Haltung, die sich meist gleichfalls in einer objektiven Handlung ausdrückt. Wenn also von einem redlichen Finder gesprochen wird, ist derjenige Finder gemeint, der subjektiv die Sache zurückgeben will und objektiv hierauf gerichtete Handlungen unternimmt.

Fraglich ist, ob die Auslegung diese Einschränkung ergibt.

[1]. Würdigung

[a]. Wortlaut

Dass der Finder redlich sein muss, ist im Wortlaut nicht erwähnt. Ein Finder ist jemand, der zufällig oder durch Suchen auf eine Sache stößt.⁷³⁶ Dies ist daher wertneutral, da hierbei noch nichts über seine innere Motivation ausgesagt wird. Auch gibt es keinen Hinweis, dass zur Zeit der Schaffung des BGB unter Finder nur der redliche Finder verstanden wurde.

Möglicherweise hilft ein Vergleich mit den Formulierungen der anderen Haftungsmilderungen: § 968 ist wie die §§ 521, 599 weit formuliert und hat keine dem § 680 entsprechende Einschränkung; diese fehlende Parallelität spricht zunächst einmal nicht dafür, den Finder entsprechend dem Geschäftsführer zur Gefahrenabwehr zu behandeln. Bei der GoA zur Gefahrenabwehr wird nur derjenige begünstigt, der berechtigter Geschäftsführer ist; also der mit Fremdgeschäftsführungswillen und mit Willen oder im Interesse des Geschäftsherren handelt. Würde man den Finder wie den Geschäftsführer zur Gefahrenabwehr behandeln, so müsste auch der Finder einen „Fremdgeschäftsführungswillen“ haben. Übertragen auf die Situation des Fundes wäre das jemand, der subjektiv für den Empfangsberechtigten handelt, also redlich ist. Aufgrund der fehlenden Parallelität der Formulierung zu der von § 680 ergibt sich nicht bereits aus dem Wortlaut, dass nur der redliche Finder gemeint ist. Allerdings hat sich bei der Ermittlung des Zweckes der Vorschrift gezeigt, dass diese fehlende Parallelität des Wortlautes nicht ausschlaggebend ist, da die Konstellationen bei Fund und GoA zur Gefahrenabwehr sehr ähnlich sind und sich auch der Zweck der Vorschriften überschneidet. Ohnehin ergibt sich bei § 680 die Einschränkung, dass nur derjenige, der einen Fremdgeschäftsführungswillen hat, begünstigt wird, nicht bloß aus dem Wortlaut. Der Wortlaut an sich gibt keinen Hinweis darauf, dass nur der redliche Finder gemeint sein muss.

[b]. Historie/Genetik

In den Gesetzgebungsmaterialien wird ausdrücklich auf die GoA zur Gefahrenabwehr Bezug genommen; der Finder hafte wie derjenige, der zur Gefahrenabwehr die Geschäft-

⁷³⁴ Soergel/Henssler § 968 Rn. 1.

⁷³⁵ Weimar, JR 1977, 498 (498).

⁷³⁶ Duden, Bedeutungswörterbuch, S. 378.

te eines anderen freiwillig besorge.⁷³⁷ Hierbei wird deutlich, dass die Behandlung des Fundes der Geschäftsführung ohne Auftrag ähnelt, weil auch hier für einen anderen gehandelt wird. Der Gesetzgeber hat mithin den Schwerpunkt auf dem Handeln für einen anderen gesehen. Dieses Handeln für einen anderen ist aber nur dann ein Handeln für einen anderen, wenn es nicht ausschließlich im Eigeninteresse erfolgt. Also dann, wenn ein subjektiver Wille da ist, für einen anderen zu handeln; mithin die Redlichkeit.

Fraglich ist, ob entgegensteht, dass der Gesetzgeber sich nicht eindeutig entschieden hat, wie das Verhältnis von Fund zu GoA ist bzw. dass allgemein auf die GoA verwiesen wird und nicht auf die Vorschriften mit Fremdgeschäftsführungswillen.

Der Gesetzgeber hatte sich nämlich entschlossen, die Frage des Verhältnisses von GoA und Fund offen zu lassen und stattdessen die Pflichten des Finders im Fund ausdrücklich geregelt. Dies, damit kein Rückgriff auf die GoA nötig ist, welcher mit Schwierigkeiten behaftet sei.⁷³⁸ Jedoch wurde ein Rückgriff auf die „eigentliche GoA“ (vermutlich die echte GoA mit Fremdgeschäftsführungswillen) an anderer Stelle ausdrücklich als möglich erachtet.⁷³⁹ Der Verweis auf die GoA in den Gesetzesmaterialien deutet also darauf hin, dass der Finder ebenso wie der Geschäftsführer zur Gefahrenabwehr subjektiv für einen anderen handeln muss. Demgemäß muss der redliche Finder gemeint sein. Ein subjektives Moment des Finders sei deshalb nicht normiert worden, da dieser einfach den gesetzlichen Pflichten folgen solle.⁷⁴⁰ Somit geht die Kommission davon aus, dass Finder im Sinne des Gesetzes der ist, der die Finderpflichten befolgt. Wer die Pflichten aber befolgt, handelt subjektiv und objektiv für den Empfangsberechtigten und ist daher redlich.

Dementsprechend war in der Literatur schon früh die Ansicht verbreitet, dass der Finder entsprechend dem Geschäftsführer ohne Auftrag bewertet werden müsse.⁷⁴¹ Auch in der heutigen Literatur besteht Einigkeit über das Erfordernis der Redlichkeit des Finders,⁷⁴² wohingegen sich die höchstrichterliche Rechtsprechung hierzu noch nicht äußern musste.

Die historische Betrachtung ergibt, dass eine Redlichkeit schon immer durch die Rechtslehre so angenommen wurde und heute ganz h.M. ist.

[c]. Systematik

Diese in der Systematik des Fundrechtes für den Finder normierten Pflichten sind die Anzeige-, Verwahrungs- oder Ablieferungspflicht. Wenn er diesen nachkommt, gibt es für ihn keine Möglichkeit mehr, die Sache zu unterschlagen. Kann er die Sache nicht unterschlagen, so ist er redlich. Nach dem Leitbild des Gesetzes ist dieser folglich redlich.

⁷³⁷ Protokolle der zweiten Kommission Bd. III, S. 259.

⁷³⁸ Motive zum BGB, Bd. III, S. 376.

⁷³⁹ Motive zum BGB, Bd. III, S. 380.

⁷⁴⁰ Motive zum BGB, Bd. III, S. 380.

⁷⁴¹ Enneccerus, Bürgerliches Recht, Bd II 1, (1927), § 82, S. 260, Fn. 14.

⁷⁴² Staudinger/Gursky § 968 Rn. 2; jurisPK/Martinek § 968 Rn. 1; MüKo/Oechsler § 968 Rn. 1.

Nach der Systematik des sonstigen BGB befindet sich das Fundrecht zwar im Sachenrecht, regelt jedoch überwiegend schuldrechtliche Beziehungen. Der Haftungsmaßstab ist Teil der Haftung aus dem Schuldverhältnis. Daher bietet es sich an, einen Vergleich mit den anderen schuldrechtlichen Haftungsbeschränkungen anzustellen.

Bei den §§ 521, 599 ist keine Einschränkung hinsichtlich der Voraussetzungen, die die Person des Schenkers oder Verleihers erfüllen muss, gegeben. Allerdings wird nach der Konzeption der Normen des Schenkungs – und Leihvertragsrechts grundsätzlich davon ausgegangen, dass der Schenker oder Verleiher sein eigenes Vermögen dauerhaft negativ belastet und somit nicht zu seinem eigenen vermögensrechtlichen Vorteil handelt. Hieraus könnte man schließen, dass nur dem Finder, der keinen eigenen finanziellen Vorteil sieht, die Haftungsmilderung zugutekommen sollte. Dies würde allerdings sogar die meisten redlichen Finder ausschließen, weil alle Finder einen Anspruch auf Finderlohn haben. Da das Fundrecht einen vermögensrechtlichen Vorteil verspricht, kann ein Rückschluss von Schenkung und Leihe nicht gezogen werden. Es wurde zudem bereits festgestellt, dass auch aus anderen Gründen der § 968 nicht der Konstellation von Schenkung und Leihe gleicht, sondern sich eher an die GoA zur Gefahrenabwehr oder den Verzug anlehnt.

Beim Verzug wird keine Differenzierung zwischen Redlichkeit und Unredlichkeit relevant. Bei der GoA allerdings wurde bereits gezeigt, dass nur bei der berechtigten GoA der § 680 zur Anwendung kommen kann. Die berechnete GoA ist dadurch gekennzeichnet, dass der Geschäftsführer einerseits mit Fremdgegeschäftsführungswillen und andererseits mit dem Willen oder im Interesse des Geschäftsherren handelt.

Auch beim Fund besteht die Möglichkeit mit Fremdgegeschäftsführungswillen zu handeln oder ohne: der Finder kann beabsichtigen, die Sache zurückzugeben, oder er kann beabsichtigen, die Sache widerrechtlich für sich zu behalten. Desgleichen kann er seine Handlungen objektiv im Interesse des Berechtigten oder gegen dessen Interesse ausüben. Im Interesse des Eigentümers handelt derjenige, der versucht, dem Berechtigten die Sache wieder zukommen zu lassen und der die Sache pfleglich behandelt. Genau wie bei der GoA kann ein Fremdgegeschäftsführungswille, also ein subjektiv redlicher Finderwille und eine Berechtigung, also eine objektiv Drittgünstige Handlung vorliegen – oder auch nicht. Festzustellen ist, dass die Konstellationen der GoA und des Fundes einen ähnlichen Regelungsgehalt haben.

Allerdings ist bei der GoA ausdrücklich erwähnt, dass der Geschäftsherr mit Fremdgegeschäftsführungswillen und im Interesse des Geschäftsführers handeln muss, beim Fund hingegen findet sich eine solche Eingrenzung nicht. Dass diese jedoch nicht erfolgt ist, ist einleuchtend: wäre der Gesetzgeber sich dessen bewusst gewesen, dass die Regeln nur auf den redlichen Finder zugeschnitten sind, dann hätte er die Redlichkeit in den Wortlaut mit aufgenommen. Ein solches Bewusstsein scheint jedoch gefehlt zu haben.

Daher ist die Position des berechtigten Geschäftsführers mit der des redlichen Finders zu vergleichen. In der Tat sind in beiden Konstellationen dieselben Rechtsfolgen vorgesehen: der Ersatz erforderlicher Aufwendungen (§§ 677, 683 bzw. § 970). Aufgrund der

Normierung der verschiedenen Pflichten des Finders und in Zusammenschau mit der GoA ist anzunehmen, dass der redliche Finder gemeint sein muss, nämlich der, der mit Fremdgeschäftsführungswillen, also dem subjektiv redlichen Finderwillen und mit Berechtigung, also einer objektiv drittünstigen Handlung handelt.

[d]. Telos

Fraglich ist nun, ob es mit dem Sinn und Zweck der Vorschrift vereinbar ist, diese nur auf den redlichen Finder anzuwenden. Als Sinn und Zweck des § 968 wurde herausgearbeitet, dass einerseits der Finder, der ohne eigenen unmittelbaren adäquaten Vermögensvorteil hilft, ermutigt und entlastet werden soll, während das Risiko der leichten Fahrlässigkeit auf den Eigentümer übertragen wird, der von der Handlung des Finders profitiert und die Lage durch den Verlust der Sache oftmals selbst herbei geführt hat.

Die Interessen der Beteiligten sind aber nur in dieser Konstellation gegeben, in der der Finder tatsächlich beabsichtigt, die Sache zurückzugeben und versucht, den Eigentümer zu ermitteln oder die Sache bei der Fundbehörde abgibt. Wenn der Finder nämlich nicht redlich ist, dann profitiert der Eigentümer der Sache nicht von seinen Handlungen. Im Gegenteil: dadurch dass der Finder die Sache an sich nimmt und den Eigentümer nicht sucht, macht er es unwahrscheinlicher, dass der Eigentümer sie wiedererlangt. Zu einer solchen Verhaltensweise, die der Rechtsordnung widerspricht, kann der Finder mit einer Haftungsmilderung nicht ermutigt werden sollen. Die Haftungsmilderung ist aus teleologischen Gesichtspunkten eindeutig nur auf den redlichen Finder zugeschnitten.

[e]. Zusammenfassung

Der Wortlaut ergibt keine solche Einschränkung; allerdings ergibt die genetische Auslegung, dass eine Parallele zwischen Finder und Geschäftsführer zur Gefahrenabwehr gesehen wurde. Der Gesetzgeber hat den Schwerpunkt als Tätigkeit für einen anderen gesehen; diese ist aber nur bei einem redlichen Finder gegeben. So sieht das auch die h.M. der Literatur, soweit dies überhaupt erörtert wird.

Systematisch gesehen ist der Finder nach dem Leitbild des Gesetzes als redlicher gedacht; schließlich sind für ihn zahlreiche Pflichten normiert, bei deren Befolgung er redlich sein muss. Auch die Nähe zur Geschäftsführung zur Gefahrenabwehr ergibt sich aus der Systematik: in beiden Fällen kann mit oder ohne Fremdgeschäftsführungswillen gehandelt werden. Dies stimmt ebenso mit dem Sinn und Zweck der Vorschrift überein, da der Grundgedanke der Haftungserleichterung eine bestimmte Interessenskonstellation ist; der Finder soll ausnahmsweise zum Eingreifen ermutigt werden und der Eigentümer profitiert von dem Eingriff. Diese Konstellation ist nur bei Redlichkeit des Finders so gegeben.

[2]. Ergebnis

Die Haftungsmilderung greift nur zugunsten des redlichen Finders, da nur dieser den gesetzlich normierten Pflichten eines Finders nachkommt. Bei einem nicht redlichen Finder ist die Interessenssituation, welche den Gesetzgeber zu dieser Haftungsmilde-

rung veranlasst hat, nicht gegeben. Denn dann dient die Handlung des Finders nicht der Rückgabe der Sache.

dd. Für alle Pflichten des Finders

Im Fund ist man sich einig, dass die Haftungserleichterung für sämtliche Pflichten des Finders gilt.⁷⁴³ Gemeint sind damit alle Pflichten, die sich aus den vorangehenden Vorschriften des Fundrechtes ergeben. Hiergegen ergeben sich durch die Auslegung keine Bedenken. Allerdings bleibt die Frage offen, was mit Pflichten ist, welche den Finder treffen, die aber nicht in den Vorschriften des Fundes speziell geregelt sind. Zu denken ist auch an die Schutzpflichten. Oftmals werden diese in der Praxis gar nicht relevant werden, wenn der Finder die Sache gleich bei der Behörde abliefern und auch sonst keinen Kontakt mit dem Eigentümer hat. Jedoch ist das nicht der zwingend vorgeschriebene Ablauf; der Finder kann die Sache ferner selbst verwahren und herausgeben, wobei er Schutzpflichten hat, schließlich sind Schutzpflichten im gesetzlichen Schuldverhältnis relevant.⁷⁴⁴

[1]. Würdigung

[a]. Wortlaut

Der Wortlaut des § 968 entspricht dem der §§ 521, 599; dort wurde bereits festgestellt, dass aus entstehungsgeschichtlicher fachsprachlicher Sicht Schutzpflichten unter den Wortlaut fallen können, aber nicht müssen.

[b]. Historie/Genetik

Auch hier können keine gesicherten Anhaltspunkte aus der Entstehungsgeschichte gefunden werden, da ebenso wie bei Schenkung und Leihe über Schutzpflichten nicht explizit gesprochen wurde. Dies obwohl ausdrücklich die Hauptpflichten des Finders normiert wurden, um einen Rückgriff auf die GoA zu vermeiden.⁷⁴⁵ Daher kann man davon ausgehen, dass diese Problematik vergessen wurde, zu erörtern.

In der Literatur wird im Gegensatz zu den §§ 521, 599 diese Problematik gar nicht erörtert. Dies liegt wohl daran, dass die Regelung „einem vergangenen Zeitgeist [entstammt], als Güter langfristig genutzt wurden und möglichst lange ein Leben lang halten sollten“.⁷⁴⁶ Heute hingegen ist dem Fund in der Praxis ein nicht so großer Stellenwert eingeräumt. Daher finden sich keine Aussagen der Rechtsprechung zu dieser Thematik.

⁷⁴³ Staudinger/Gursky § 968 Rn. 1; MüKo/Oechsler § 968, Rn. 1; Soergel/Henssler § 968 Rn. 1; jurisPK/Martinek § 968 Rn. 1.

⁷⁴⁴ Schutzpflichten können auch im gesetzlichen Schuldverhältnis relevant werden; beim Fund handelt es sich um ein gesetzliches Schuldverhältnis.

⁷⁴⁵ Motive zum BGB, Bd. III, S. 376.

⁷⁴⁶ Kohler-Gehring, VBlBW 1995, 377 (382).

[c]. Systematik

Im Fundrecht selbst sind verschiedene Hauptpflichten des Finders ausdrücklich normiert; nämlich die Anzeige und die Aufbewahrungspflicht bzw. die Ablieferungspflicht.⁷⁴⁷ Diese Tatsache lässt zwei Argumentationsmöglichkeiten zu: entweder eine Analogie oder einen Umkehrschluss.

Im Wege der Analogie könnte man sagen: wenn die Haftungsmilderung für die normierten Hauptpflichten gilt, dann muss sie auch für die Nebenpflichten gelten, soweit eine Vergleichbarkeit der Sachverhalte gegeben ist. Der Umkehrschluss wäre: wenn nur die Hauptpflichten und die Haftungsmilderung im Fund normiert sind, ist diese Haftungsmilderung nur auf die dortigen Hauptpflichten anwendbar, nicht jedoch auf die Nebenpflichten. Ob eine Analogie oder ein Umkehrschluss berechtigt ist, hängt mit dem Sinn und Zweck der Norm ab. Schließlich wäre die Analogie bei einer unbewussten Regelungslücke eine mögliche Lösung, der Umkehrschluss hingegen, wenn keine Regelungslücke bestünde. Das Feststellen einer solchen Lücke ist aber bereits ein wertender Akt.⁷⁴⁸ Daher ist fraglich, was der Sinn und Zweck der Norm hierüber aussagt.

[d]. Telos

Dieser Sinn und Zweck wurde bereits herausgearbeitet als einerseits Ermutigung und Entlastung des Finders, der ohne eigenen unmittelbaren adäquaten Vermögensvorteil hilft, während andererseits das Risiko der leichten Fahrlässigkeit auf den Eigentümer übertragen wird, der von der Handlung des Finders profitiert und der die Lage durch den Verlust der Sache oftmals selbst herbei geführt hat.

Somit müsste auch in der Schutzpflichtkonstellation die Lage gegeben sein, dass eine Partei profitiert und die andere Partei entlastet wird. Hierzu muss man sich vor Augen führen, warum die eine Partei profitiert und die andere entlastet wird. Der Gewinn des Eigentümers liegt darin, dass sich ein fremder nicht beauftragter Mensch seiner verlorenen Sache annimmt und diese ihm wieder zuführt. Die Entlastung des Finders liegt darin, dass er dies tun kann, ohne mit dem Risiko der Haftung für leichte Fahrlässigkeit belastet zu sein. Dies ist aber dann der Fall, wenn der Finder eine Handlung vornimmt, um seinen Pflichten aus dem Fund nachzukommen. Dies kann gleichwohl dann so sein, wenn sich die Schutzpflicht direkt aus dieser Handlung ergibt. Hierzu ein Beispiel: der Finder hat die Ablieferungspflicht gem. § 967. Er bringt die Sache mit dem Auto zur Behörde. Im Auto hat er die Sache allerdings leicht fahrlässig nicht ordentlich befestigt. Bei einer scharfen Bremsung verrutscht die Sache und wird beschädigt. Hier ist eine Schutzpflicht gegeben, die mit den Pflichten aus dem Fund in direktem Zusammenhang steht, welche jedoch nicht ausdrücklich normiert ist. Ebenfalls in einer solchen Konstellation gilt die Interessensbewertung der Haftungsmilderung: der Finder handelt für den Eigentümer, dieser profitiert davon, dass der Finder sich mit der Sache im Auto auf den Weg

⁷⁴⁷ Baur/Stürner, Sachenrecht, § 53 G III 2, Rn. 80, S. 737.

⁷⁴⁸ S.o.: S. 19.

macht. Der Finder kann sich auf den Weg machen, ohne dem Haftungsrisiko für leichte Fahrlässigkeit ausgesetzt zu sein.

[e]. Zusammenfassung

Nach dem Wortlaut kann die Haftungsmilderung für eventuelle Schutzpflichten relevant werden. Die Historie gibt keinen Aufschluss hierüber: weder wurde dies in den Gesetzgebungsmaterialien erörtert noch in der Literatur oder Rechtsprechung. Auch nach systematischen Gesichtspunkten sind beide Varianten denkbar; ob also eine Analogie oder ein Umkehrschluss angebracht ist, ist eine Frage des Telos der Vorschrift. Die teleologische Auslegung zeigt, dass die Interessenslage der Parteien, die zur Haftungsmilderung führt, genauso in der Situation der Schutzpflichtverletzungen gegeben ist, falls ein unmittelbarer Zusammenhang der Schutzpflicht mit einer Hauptpflicht des Finders besteht. Schließlich handelt der Finder im Interesse des Eigentümers ohne eine konkrete Gegenleistung zu erhalten. Folglich spricht mehr für den Analogieschluss.

[2]. Ergebnis

Wenn die Schutzpflichten einen unmittelbaren Bezug zur Hauptleistungspflicht haben, ist die Haftungsbegrenzung also anwendbar. Aber auch hier handelt es sich nicht um eine genaue Vorgabe des Gesetzgebers, sondern um eine Wertentscheidung, die der Gesetzesanwender mangels klarer Vorgabe des Gesetzgebers in Einklang mit der Regelungsentention des Gesetzgebers fällen musste. Hierbei war insbesondere der Sinn und Zweck der Haftungsbegrenzung zu beachten, der einen Schutz des Finders dann verlangt, wenn dieser als Finder handelt. Andernfalls ist nicht die Interessenslage gegeben, welche der Gesetzgeber durch die Haftungsmilderung privilegiert hat.

ee. Endergebnis

§ 968 ist nur zugunsten des redlichen Finders anzuwenden, da nur beim redlichen Finder die Interessenssituation besteht, wie sie die Haftungsbegrenzung begünstigen will. Jedoch ist die Haftungsbeschränkung weiterhin dann anzuwenden, wenn eine Schutzpflichtverletzung vorliegt, die sich unmittelbar auf eine Hauptpflicht des Finders bezieht, weil auch in diesem Fall der Finder im Interesse des Eigentümers handelt.

f. § 675 v

In § 675 v II 1, 2. Var. ist die Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt. Die §§ 675 u ff. wurden Ende Oktober 2009 aufgrund der Zahlungsdiensterichtlinie 2007/64/EG eingeführt.⁷⁴⁹ In diesen Vorschriften wird die Haftung im Verhältnis zwischen Zahler (Z) und Zahlungsdienstleister (ZDL) geregelt. Hierbei handelt es sich um einen Sonderfall der Haftung gem. § 280 I.⁷⁵⁰ Voraussetzung für das Entstehen der Ansprüche ist ein nicht autorisierter Zahlungsvorgang. Gem. § 675 u hat der ZDL grundsätzlich keinen Anspruch auf Erstattung seiner Aufwendungen gegen den Z. Grundsätz-

⁷⁴⁹ Derleder, NJW 2009, 3195 (3195); BT Drucksache 16/11643, S. 113.

⁷⁵⁰ Palandt/Sprau § 675 v Rn. 3.

lich hat der Z also für nicht autorisierte Zahlungsvorgänge nicht einzustehen.⁷⁵¹ Der ZDL ist auf Ansprüche aus § 675 v beschränkt.⁷⁵² Dieser ist abschließend,⁷⁵³ weswegen sich der ZDL nicht auf § 280 wegen leicht fahrlässiger Verletzung anderer Pflichten berufen kann.⁷⁵⁴ Der § 675 v stellt also eine Ergänzung zu § 675 u dar, indem er zwar keinen Aufwendungsersatzanspruch, jedoch einen Schadensersatzanspruch des ZDL begründet.⁷⁵⁵

§ 675 v I statuiert eine verschuldensunabhängige Gefährdungshaftung für nicht autorisierte Zahlungsvorgänge;⁷⁵⁶ allerdings bis zu einer Haftungshöchstsumme von 150 €. Hiermit werde dem Z ein Anreiz gesetzt, eine solche Konstellation zu vermeiden, indem er etwa der Anzeigepflicht nachkommt.⁷⁵⁷ Diese Höchstsumme gilt gem. § 675 v II dann nicht, wenn der Z vorsätzlich oder grob fahrlässig eine gesetzliche (§ 675 I) oder vertragliche Pflicht verletzt hat. Da in der Richtlinie die Anforderungen der Fahrlässigkeit dem einzelnen Mitgliedsstaat überlassen wurde, hat sich der deutsche Gesetzgeber an der Rechtsprechung zur groben Fahrlässigkeit orientiert.⁷⁵⁸ Hierbei begründet § 675 II keinen eigenen Ersatzanspruch, sondern beseitigt die Höchstgrenze des § 675 I von 150 €. ⁷⁵⁹ Bei den Pflichten aus § 675 v II handelt es sich um gesetzliche oder vertragliche Schutzpflichten.⁷⁶⁰

In der Literatur wird die Umsetzung der Zahlungsdienste-Richtlinie als „eine aner kennenswerte rechtssystematische Leistung [...] die auch das nationale Recht weiterzuentwickeln geholfen hat“ rezipiert.⁷⁶¹ Freilich wird § 675 v konkret auch kritisiert, da das Risiko für die Kartennutzer so wesentlich erhöht werde, da insbesondere eine schul dunabhängige Gefährdungshaftung gegeben sei.⁷⁶² Das vom Gesetzgeber verfolgte Ziel, den Z zur Anzeige des Verlustes zu bewegen, habe ferner durch eine Haftung für leichte Fahrlässigkeit genügt werden können.⁷⁶³ § 675 werde zum „Massenphänomen“, der aber durch § 675 v II begrenzt werde (keine Haftung nach Anzeige).⁷⁶⁴

Im Gegensatz zu den anderen Haftungsprivilegierungen auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit handelt es sich nicht um eine Haftungsbeschränkung, sondern im Zusammenhang gesehen um eine Haftungserweiterung. Schließlich ist der Grundsatz der verschuldensunabhängigen Haftung (freilich mit Höchstgrenze) in Abs. I lex generalis. § 675

⁷⁵¹ Derleder, NJW 2009, 3195 (3197); Jauernig/Berger § 675 w Rn. 1.

⁷⁵² Jauernig/Berger § 675 w Rn. 1.

⁷⁵³ BT Drucksache 16/11643, S. 113.

⁷⁵⁴ Beck-OK/ Schmalenbach § 675 v Rn. 14.

⁷⁵⁵ Beck-OK/ Schmalenbach § 675 v Rn. 1.

⁷⁵⁶ Palandt/Sprau § 675 v Rn. 1.

⁷⁵⁷ Derleder, NJW 2009, 3195 (3197).

⁷⁵⁸ BT Drucksache 16/11643, S. 113.

⁷⁵⁹ Palandt/Sprau § 675 v Rn. 5.

⁷⁶⁰ Beck-OK/Schmalenbach § 675 v Rn. 9.

⁷⁶¹ Derleder, NJW 2009, 3195 (3202).

⁷⁶² Scheibengruber, BKR 2010, 15 (22).

⁷⁶³ Scheibengruber, BKR 2010, 15 (22).

⁷⁶⁴ Staudinger/Omlor § 675 v Rn. 23.

II als *lex specialis* hierzu erweitert diesen Grundsatz um eine verschuldensabhängige Haftung ohne Höchstgrenze. Anders als die anderen Haftungsmilderungen dient § 657 v nicht dem Schutz des Haftenden, sondern dem Schutz des anderen Teils. Daher soll § 675 v II hier nicht ausführlich besprochen werden.

Interessant ist allerdings insbesondere, dass die Pflichten, auf die sich § 675 II Nr. 1 und 2 beziehen Schutzpflichten sind. Nämlich solche Schutzpflichten, die dem Z entweder gesetzlich oder vertraglich aufgegeben sind. Dies spricht dafür, dass nach der Vorstellung des (modernen) Gesetzgebers ein Haftungsmaßstab für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit gerade auch auf Schutzpflichten anwendbar sein kann.

g. Delikt

Fraglich ist, ob diese Haftungserleichterungen bei einer parallelen deliktischen Haftung einschlägig sein sollen.

Ob man § 300 I auf das Deliktsrecht anwenden will, hängt von der Betrachtung im vertraglichen Bereich ab. So will die h.M. den § 300 I auf Deliktsansprüche übertragen, wenn dieser Anspruch auf Untergang oder Verschlechterung der Sache beruht,⁷⁶⁵ während die m.M. wieder zwischen Zusatz – und dem Vertragsprogramm entsprechenden Pflichten unterscheidet.⁷⁶⁶

Nach der Rechtsprechung⁷⁶⁷ und h.M in der Literatur⁷⁶⁸ wirkt sich die Beschränkung des § 680 grundsätzlich auf das Deliktsrecht aus. Gemeint ist hiermit: sie wirkt sich auf das Deliktsrecht aus, wenn sie bei der GoA relevant ist. Auch die Haftungserleichterung des Finders soll nach h.M. für deliktische Ansprüche gelten.⁷⁶⁹

Bei den §§ 521, 599 ist umstritten, ob sich diese Haftungserleichterungen auf das Deliktsrecht auswirken sollen.

aa. §§ 521, 599 nie auf das Deliktsrecht anwendbar

Es wird vertreten, dass die §§ 521, 599 grundsätzlich nicht im Deliktsrecht anwendbar sein sollen.⁷⁷⁰ Gegen eine Anwendung dieser Normen auf konkurrierende Ansprüche aus dem Deliktsrecht spreche bereits der Wille des Gesetzgebers; nach dessen Willen sei ein Schutz deliktischer Interessen allenfalls bei § 600 vorgesehen gewesen.⁷⁷¹ Auch die Ent-

⁷⁶⁵ MüKo/Ernst § 300 Rn. 2; Staudinger/Löwisch/Feldmann § 300 Rn. 11; Soergel/Wiedemann § 300 Rn. 10; Bamberger/Roth/Unberath § 300 Rn. 3; Erman/Hager § 300 Rn. 4.

⁷⁶⁶ Grunewald, FS Canaris, S. 331 (334).

⁷⁶⁷ BGH NJW 1972, 475 (475); LG Magdeburg, Urteil vom: 01.08.2006, AZ 9 O 2919/05; AG Gotha, Urteil vom 04.09.2003; AZ 3 C 1750/02.

⁷⁶⁸ Staudinger/Bergmann § 680 Rn. 18; MüKo/Seiler § 680 Rn. 7; Erman/Dornis § 680 Rn. 2; Bamberger/Roth/Gehrlein § 680 Rn. 1; Soergel/Beuthien § 680 Rn. 2.

⁷⁶⁹ (h.M.) Staudinger/Gursky § 968 Rn. 1; jurisPK/Martinek § 968 Rn. 1; Soergel/Henssler § 968 Rn. 1; MüKo/Oechsler § 968 Rn. 1.

⁷⁷⁰ Schlechtriem, Vertragsordnung und außervertragliche Haftung, S. 348; Schlechtriem, SchuldR BT, Rn. 268, S. 135; MüKo/Häublein § 599 Rn. 4; Staudinger/Wimmer-Leonhardt § 521 Rn. 13, wenn der Schaden an sonstigen Rechtsgütern (als der geschenkten oder geliehenen Sache) eingetreten ist.

⁷⁷¹ Schlechtriem, Gutachten und Vorschläge, Band II, S. 1620.

stehungsgeschichte der pVV spreche hiergegen.⁷⁷² Letztere habe vor allem die im Vertragsrecht als unbillig empfundene weite Haftung des Deliktsrechts einengen wollen (e.g. Exkulpationsmöglichkeit des Verrichtungsgehilfen).⁷⁷³ Diese als notwendig empfundene Einengung der deliktischen Haftung durch die Erweiterung der vertraglichen Haftung (Bsp.: Haftung für Erfüllungsgehilfen) würde teilweise in ihr Gegenteil verkehrt, wenn nun vertragliche Haftungsprivilegien wieder auf das Deliktsrecht angewendet würden und diesem somit einen noch geringeren Anwendungsbereich zubilligten.⁷⁷⁴ Schließlich könne der Altruismus des Schenkers nicht dazu führen, dass er hinsichtlich der deliktisch geschützten elementaren Rechtsgüter eine geringere Sorgfalt walten lassen müsse, als hinsichtlich solcher Rechtsgüter Dritter.⁷⁷⁵ Eine Haftungsmilderung, welche im Deliktsrecht Beachtung finden müsse, lasse sich nur auf einen allgemeinen Satz gründen, dass der altruistisch Handelnde immer gemildert hafte;⁷⁷⁶ da es an einem solchen aber fehle und im BGB nur verschiedene Regeln mit ähnlichem Grundgedanken zu finden seien, könne dieser nicht angewendet werden.⁷⁷⁷ Die Konkurrenzfrage stelle sich hauptsächlich in Fällen, in denen ein allgemeines Rechtsgut gem. § 823, jedoch kein vertragliches Schutzgut im Rahmen des Schenkungs – oder Leihvertrages verletzt sei.⁷⁷⁸ Maßgeblich sei auf das hohe Gewicht der durch das Deliktsrecht geschützten Rechtsgüter im Vergleich zu dem möglicherweise geringen Vorteil durch Leihe oder Schenkung abzustellen.⁷⁷⁹ Im Hinblick auf die erhebliche Wichtigkeit der deliktisch geschützten Rechtsgüter könne vom Schenker oder Verleiher verlangt werden, auf eine bekannte Gefährlichkeit hinzuweisen.⁷⁸⁰ Zudem unterliege der Schenker bzw. Verleiher individuellen Sorgfaltsmaßstäben, was unbillige Ergebnisse vermeiden könne und zu sachgerechten Einzelfalllösungen führen könne.⁷⁸¹ Zudem laufe das Haftungsprivileg hierdurch nicht leer.⁷⁸² Es reduziere weiterhin die zusätzliche Haftung aus pVV, heute § 241 II, welche vom Gesetzgeber ursprünglich nicht vorgesehen war und sei auf die anders ausgestaltete deliktische Haftung nicht anwendbar, um dem Willen des Gesetzgebers zu genügen.⁷⁸³ Ferner treffe die vertragliche Haftung den Verleiher härter (e.g. § 278), so dass ein Gleichlauf mit dem Deliktsrecht nicht notwendig sei, um die Privilegierung nicht gegen-

⁷⁷² Staudinger/Wimmer-Leonhardt § 521 Rn. 13.

⁷⁷³ Staudinger/Wimmer-Leonhardt § 521 Rn. 12.

⁷⁷⁴ Staudinger/Wimmer-Leonhardt § 521 Rn. 13.

⁷⁷⁵ Staudinger/Wimmer-Leonhardt § 521 Rn. 13; Esser/Weyers, SchuldR Bd II BT 1, § 25 III, S. 210.

⁷⁷⁶ Esser/Weyers, SchuldR Bd II BT 1, § 12 II 2 S. 125.

⁷⁷⁷ Esser/Weyers, SchuldR Bd II BT 1, § 12 II 2, S. 125.

⁷⁷⁸ Schlechtriem, Vertragsordnung und außervertragliche Haftung, S. 348, Fn 259: es sei auch ein Fall denkbar, in dem sich vertragsrechtliches und deliktsrechtliches Interesse überschneiden; zu frühe Wegnahme der Leihsache und damit Eingriff in den Besitz. Dann sei die Haftungsmilderung des § 599 auch auf § 823 anzuwenden.

⁷⁷⁹ Schlechtriem, Vertragsordnung und außervertragliche Haftung, S. 348.

⁷⁸⁰ Schlechtriem, Vertragsordnung und außervertragliche Haftung, S. 348.

⁷⁸¹ Schlechtriem, Gutachten und Vorschläge Band II, S. 1619; Schlechtriem, Vertragsordnung und außervertragliche Haftung, S. 348.

⁷⁸² Staudinger/Wimmer-Leonhardt § 521 Rn. 13.

⁷⁸³ Staudinger/Wimmer-Leonhardt § 521 Rn. 13.

standslos werden zu lassen.⁷⁸⁴ Die Haftungsmilderung der §§ 521, 599 könne auch deshalb nicht auf das Deliktsrecht angewendet werden, da diese Vorschriften nur das Erfüllungsinteresse schützen, wohingegen es im Deliktsrecht um das Integritätsinteresse gehe.⁷⁸⁵ Vielmehr müsse dem Schädiger im Rahmen des obj. Verletzungstatbestandes⁷⁸⁶ und somit im Rahmen der Bestimmung des Umfangs der Verkehrspflichten Rechnung getragen werden.⁷⁸⁷

Hiergegen wird eingewandt, der Wortlaut des Gesetzes sei allgemein gefasst; eine Beschränkung auf eine „Fahrlässigkeit in Ansehung der Erfüllung“ sei nicht gegeben.⁷⁸⁸ Zudem habe sich der Anwendungsbereich deliktischer Pflichten in der Geschichte des BGB erweitert; dies spreche dafür, diesen erweiterten Deliktsschutz nun seinerseits durch § 521 einzugrenzen, obwohl die Motive noch von einer uneingeschränkten Anwendung des Deliktsrechts ausgegangen waren.⁷⁸⁹

bb. §§ 521, 599 immer auf das Deliktsrecht anwendbar

Anderer Ansicht nach müsse die Haftungsmilderung grundsätzlich im Deliktsrecht gelten, da diese Privilegierung sonst gegenstandslos würde.⁷⁹⁰ Schließlich sei dem Schenker nicht gedient, indem man die Vertragshaftung beschränkt, die Deliktshaftung aber in voller Schärfe eingreifen ließe – er verlöre „diejenige Freiheit, die ihm das Haftungsprivileg gewähren will“.⁷⁹¹ Zudem sei eine Abgrenzung zwischen Pflichtverletzung und Verschulden dermaßen miteinander verquickt, dass die Haftungsmilderung auch für die Deliktsansprüche gelten müsse.⁷⁹²

Gegen diese Ansicht wird geltend gemacht, dass sie auf dem Alles-oder-Nichts-Prinzip basiere und daher nicht überzeugen könne.⁷⁹³ Ebenfalls die geschichtliche Entwicklung des BGB spreche dagegen: sowohl die vertragliche als auch die deliktische Haftung haben mit der Zeit eine erhebliche Erweiterung erfahren.⁷⁹⁴ Diese Ausweitungen seien vor allem deswegen erforderlich gewesen, um die Schwächen der deliktischen Haftung auszugleichen;⁷⁹⁵ wenn nun die Haftungsmilderung des § 521 auf das Deliktsrecht Anwendung finde, würde den Bemühungen, die Haftung zu verschärfen, widersprochen.⁷⁹⁶

⁷⁸⁴ MüKo/Häublein § 599 Rn. 4.

⁷⁸⁵ Schlechtriem, SchuldR BT, Rn. 268, S. 135.

⁷⁸⁶ MüKo/Häublein § 599 Rn. 4.

⁷⁸⁷ MüKo/Häublein § 599 Rn. 4.

⁷⁸⁸ Medicus, FS Odersky, S. 589 (593).

⁷⁸⁹ Medicus, FS Odersky, S. 589 (593).

⁷⁹⁰ Staudinger/Reuter § 599 Rn. 3; Erman/v. Westphalen § 599 Rn. 1; Medicus, FS Odersky, S. 589 ff.; ähnlich Staudinger/Wimmer-Leonhardt § 521 Rn. 12, 14, wenn der Schaden an der geschenkten oder verliehenen Sache eintritt.

⁷⁹¹ Medicus, FS Odersky, S. 589 (597).

⁷⁹² Medicus, FS Odersky, S. 589 (602).

⁷⁹³ MüKo/Häublein § 599 Rn. 4.

⁷⁹⁴ Schubert, JR 1985, 324 (325).

⁷⁹⁵ Schubert, JR 1985, 324 (325).

⁷⁹⁶ Schubert, JR 1985, 324 (325).

cc. §§ 521, 599 schlagen auf das Deliktsrecht durch falls Zusammenhang

Eine sehr starke Ansicht hält eine zum Vertragsrecht parallele Behandlung für notwendig. Wenn im vertraglichen Bereich eine Haftungsmilderung relevant ist, muss dies auch im deliktischen Bereich gelten, da sonst die Haftungsmilderung ihre Bedeutung verlieren und somit entwertet würde; daher sei sie auf das Deliktsrecht anwendbar, wenn ein Zusammenhang mit dem Schenkungsgegenstand bzw. der Leihsache bestünde.⁷⁹⁷ Ein Gleichlauf vertraglicher und deliktischer Haftung sei notwendig, um widersprüchliche Ergebnisse zu vermeiden.⁷⁹⁸ Da die Berechtigung der Haftungsbeschränkungen in dem besonderen Wesen der Uneigennützigkeit lägen, könne eine außerhalb dieses Zweckes liegende Verletzung nicht erfasst sein.⁷⁹⁹ Auch die Gesetzgebungsgeschichte, die darauf hindeute, dass § 600 im Rahmen des Deliktsrechts nicht anwendbar sein solle, könne nicht hiergegen sprechen; der damalige Deliktsschutz habe noch nicht den heute anerkannten weiten Anwendungsbereich gehabt.⁸⁰⁰ Der BGH bejaht ebenfalls ein Durchschlagen auf die Deliktsebene,⁸⁰¹ da die Unentgeltlichkeit des Rechtsgeschäfts „den Maßstab für die zu verlangenden vertraglichen Sorgfaltspflichten herabgesetzt“ habe, was sich daher auf das Pflichtenprogramm im Rahmen des Deliktsrechts auswirken müsse.⁸⁰²

Aber es wird auch die folgende Differenzierung vertreten: wenn der Schaden an dem Geschenk selbst entstände sei § 521 auf das Deliktsrecht anwendbar, wenn er an einem anderen Rechtsgut entstände, sei § 276 anwendbar.⁸⁰³

Jedoch wird teilweise ein solcher Gleichlauf vertraglicher und deliktischer Haftung für nicht erforderlich gehalten.⁸⁰⁴

dd. Würdigung

Das zweispurige Haftungssystem des BGB beruhe auf der im 19. Jahrhundert herrschenden „klassischen“ Systemvorstellung, nach der Haftung entweder im vertraglich-persönlichen Bereich oder im außervertraglich-zufälligen Bereich stattfinden konnte.⁸⁰⁵ Fraglich ist, ob diese Handlung notwendigerweise nach beiden Rechtsgebieten einheitlich beurteilt werden muss.

Grundsätzlich sind der vertragliche und deliktische Bereich nach wie vor dahingehend zu unterscheiden, dass im Vertragsrecht der gewollte und gezielte Kontakt und im Deliktsrecht der zufällige Kontakt das Leitbild sind. Daher ist man sich im Zivilrecht ei-

⁷⁹⁷ MüKo/Koch § 521 Rn. 6; Looschelders, SchuldR BT § 17, Rn. 316, S. 103; Erman/Hermann § 521 Rn. 4; Erman/v. Westphalen § 599 Rn. 1; Soergel/Mühl/Teichmann Vor § 521 Rn. 9; Soergel/Heintzmann § 599 Rn. 7, 9; Bamberger/Roth/Gehrlein § 521 Rn. 2; BGHZ 93, 23 (28).

⁷⁹⁸ MüKo/Koch § 521 Rn. 6.

⁷⁹⁹ Steingass, VersR 1965, 550 (551).

⁸⁰⁰ MüKo/Koch § 521 Rn. 6.

⁸⁰¹ BGHZ 93, 23 (29).

⁸⁰² BGHZ 46, 140 (145).

⁸⁰³ Staudinger/Wimmer-Leonhardt § 521 Rn. 14.

⁸⁰⁴ So etwa Staudinger/Wimmer-Leonhardt § 521 Rn. 11, 12.

⁸⁰⁵ Thiele, JZ 1967, 649 (649).

nig, dass vertragliche Ansprüche unabhängig neben deliktischen Ansprüchen bestehen können.⁸⁰⁶ Ob es sich um eine Anspruchskonkurrenz (mehrere Ansprüche) oder eine Anspruchsnormenkonkurrenz (ein Anspruch, der mehrfach begründet ist) handelt, soll hier nicht erörtert werden.⁸⁰⁷ Jedenfalls kann derselbe Sachverhalt eine Haftung nach vertraglichen aber auch deliktischen Grundsätzen nach sich ziehen, wobei eine Entschädigung aber nur einmal erfolgt.⁸⁰⁸ Deswegen kann eine Vertragsverletzung gleichzeitig eine unerlaubte Handlung sein, wenn sie zugleich die Verletzung deliktischer Pflichten darstellt.⁸⁰⁹ Hierbei hängen die jeweiligen Ansprüche zwar von den jeweils eigenen Anforderungen ab, sind jedoch kumulativ gegeben, wenn die jeweiligen Voraussetzungen erfüllt sind;⁸¹⁰ wobei der Geschädigte aber nur einmal fordern kann.⁸¹¹

Fräglich ist, wie diese Anspruchskonkurrenz im vorliegenden Fall zu lösen ist.

[a]. Wortlaut

Dem weiten Wortlaut kann man eine Eingrenzung nicht entnehmen, welche eine Anwendbarkeit auf das Deliktsrecht ausschließen würde.

Bei § 300 ist die einzige Eingrenzung zeitlicher Natur: „während des Verzuges“. In diesem Zeitraum ist durchaus eine deliktisch relevante Handlung denkbar. Bei den §§ 521, 599, 680, 968 schließlich ist dem Wortlaut kein Bezug zum Deliktsrecht zu entnehmen. Welchen Schluss man hieraus zieht, hängt davon ab, wie man das Verhältnis von Vertragsrecht und Deliktsrecht sieht.

[b]. Historie/Genetik

In der Geschichte des BGB hat sich die Rezeption der Anwendbarkeit von Haftungsbeschränkungen wesentlich verändert.

[aa]. Gesetzgebungsmaterialien

Bei § 300 war erwogen worden, „in Ansehung der Aufbewahrung eines zu leistenden Gegenstandes“ zu formulieren, wobei man sich wohl der Einfachheit halber gegen die „Aufbewahrung“ entschied.⁸¹² Hieran kann man erkennen, dass es dem Gesetzgeber eigentlich nur um vertragliche Pflichten ging; nämlich nur um die weitere Verwahrung des Leistungsgegenstandes, damit dieser dann später übergeben werden kann. Demnach wäre die Haftungsmilderung nach der genetischen Auslegung nicht im zufällig deliktischen Bereich relevant.

⁸⁰⁶ Staudinger/Hager Vorbem. zu §§ 823 ff. Rn. 38; MüKo/Wagner Vor § 823 Rn. 68; Soergel/Spickhoff Vor § 823 Rn. 73; Erman/Schiemann Vor § 823 Rn. 25.

⁸⁰⁷ Siehe zu den Begriffen: Staudinger/Hager Vorbem. zu §§ 823 ff. Rn. 40; ausführlich: Arens, AcP 1970 (170), 392 (393); anschaulich auch: Medicus/Lorenz, SchuldR I AT, § 35 I, Rn 407 ff., S. 187 ff.

⁸⁰⁸ MüKo/Wagner Vor § 823 Rn. 68.

⁸⁰⁹ Staudinger/Hager Vorbem. zu §§ 823 ff. Rn. 37.

⁸¹⁰ MüKo/Wagner Vor § 823 Rn. 68; Soergel Vor § 823 Rn. 73.

⁸¹¹ MüKo/Wagner Vor § 823 Rn. 68.

⁸¹² Jakobs/Schubert, Recht der Schuldverhältnisse I, S. 350.

Im Gesetzgebungsverfahren zu § 680 wurde die unerlaubte Handlung nur bei der Erörterung eines Schadensersatzanspruches des Geschäftsherren erwähnt; es wurde festgestellt, dass der Geschäftsführer, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig handelt, den Schaden aus den allgemeinen Grundsätzen zu ersetzen habe; nämlich Schadensersatz zur Erfüllung einer Verbindlichkeit (Vertragshaftung) und unerlaubte Handlung (Deliktshaftung).⁸¹³ Hieran lässt sich erkennen, dass an das zweispurige Haftungssystem des BGB durchaus gedacht wurde. Einerseits könnte das Schweigen des Wortlautes darauf hin deuten, dass die Haftungsmilderung im Deliktsrecht anwendbar sein muss, da diese nicht ausgeschlossen worden war. Andererseits könnte der Wortlaut genau das Gegenteil beweisen. Nämlich dann, wenn eine Unanwendbarkeit auf das Deliktsrecht selbstverständlich schien.

Für die §§ 521, 599 wurde gesagt, dass ein Schutz deliktischer Interessen durch den Gesetzgeber allenfalls bei § 600 gewollt war;⁸¹⁴ dies kann den Materialien indes nicht entnommen werden. Dort wird erwähnt, dass man ursprünglich davon ausgegangen war, dass der Verleiher wegen eines Mangels nach den allgemeinen Grundsätzen zu haften habe und daher die Haftungsanordnung des § 600 geschaffen wurde.⁸¹⁵ Hieraus den Schluss zu ziehen, dass somit im Deliktsrecht nach den allgemeinen Grundsätzen gehaftet werden muss, erscheint etwas übereilt. Schließlich handelt es sich bei der Haftung für einen Mangel um eine vertragliche Haftung. Diese hat ihren Grund jedoch in der vertraglichen Beziehung und nicht in einem deliktischen Schuldverhältnis. In den Gesetzgebungsmaterialien lässt sich vielmehr ein ausdrücklicher Bezug auf deliktische Pflichten nicht finden. Während im ersten Entwurf jedoch noch die Haftung wegen Nichterfüllung formuliert war,⁸¹⁶ wurde der Bezug auf die Nichterfüllung in der endgültig angenommenen Fassung nicht übernommen.⁸¹⁷ Von den Gegnern der Anwendbarkeit der Haftungsmilderung wird diese Stelle so interpretiert, dass die §§ 521, 599 nur das Erfüllungsinteresse, nicht jedoch das Integritätsinteresse schützen sollten.⁸¹⁸ Hieraus wird geschlossen, dass die Haftungsmilderungen nicht auf das Deliktsrecht anwendbar sein sollten, weil dieses das Integritätsinteresse schützt. In der Tat ist das Deliktsrecht darauf ausgerichtet, bereits bestehende Rechtsgüter vor den Eingriffen Dritter zu schützen. Dies war bei Schaffung des BGB so und ist heute noch der Fall. Was jedoch oft übersehen wird, ist, dass bei der Schaffung des BGB keine klare Unterteilung von Erfüllungs- und Integritätsinteressen gab: denn auch im Vertragsrecht konnten bereits Integritätsinteressen eine Rolle spielen.⁸¹⁹ Jedoch wird im Deliktsrecht ausschließlich das Integritätsinteresse geschützt. An dieses wurde ausweislich der Gesetzesmaterialien nicht gedacht,

⁸¹³ Jakobs/Schubert, Recht der Schuldverhältnisse III, S. 122.

⁸¹⁴ So aber: Schlechtriem, Gutachten und Vorschläge Band II, S. 1620.

⁸¹⁵ Motive zum BGB, Bd. II, S. 447.

⁸¹⁶ Jakobs/Schubert, Recht der Schuldverhältnisse II, S. 372 (Schenkung) bzw. S. 695 (Leihe); Motive zum BGB, Bd. II, S. 296 (Schenkung), S. 446 (Leihe).

⁸¹⁷ Jakobs/Schubert, Recht der Schuldverhältnisse II, S. 378 (Schenkung) bzw. S. 696 (Leihe); Protokolle der zweiten Kommission Bd. II, S. 21 (Schenkung), S. 269 (Leihe).

⁸¹⁸ Schlechtriem, SchuldR BT, Rn. 268, S. 135.

⁸¹⁹ S.o.: S. 73.

welche nur das Erfüllungsinteresse erwähnen. Obwohl also im Rahmen des Vertragsrechts die Sanktionierung einer Verletzung des Integritätsinteresses denkbar war, beziehen sich die Materialien ausschließlich auf das Erfüllungsinteresse. Fraglich ist, warum eine deliktische Haftung nicht erwähnt wurde. Einmal kann dies den Grund haben, dass sie vergessen wurde, oder zum andern kann die Erwähnung bewusst unterblieben sein, weil eine Ausdehnung auf das Deliktsrecht nicht gewollt war. Während oben bei den Schutzpflichten festgestellt wurde, dass der Gesetzgeber zwar grundsätzlich an vertragliche Pflichten gedacht hat, jedoch die Schutzpflichten nicht speziell behandelt hat, ergibt sich hier ein anderes Bild: der Gesetzgeber stellt in den Materialien alleine auf vertragliche Pflichten ab. Während Schutzpflichten bereits existierten, aber noch nicht so weit in das Bewusstsein der gesetzgebenden Organe gedrungen waren, war die deliktische Haftung bereits allgemein bekannter fester Bestandteil der Rechtsordnung. Daher ist anzunehmen, dass eine Erwähnung des Deliktsrechts bewusst unterblieben war und der Gesetzgeber eine Haftungsmilderung in diesem Bereich nicht vorgesehen hatte. Wie die genetische Auslegung gezeigt hat, ist nach der ursprünglichen Konzeption davon auszugehen, dass die vertraglichen Haftungsmilderungen nicht auf das Deliktsrecht angewendet werden sollten.

[bb]. Rechtslehre und Rechtsprechung

Vor Schaffung des BGB habe es in der Rechtswissenschaft keine einheitliche Position zum Verhältnis zwischen Vertrags – und Deliktsrecht gegeben, weshalb von den BGB Gesetzgebern nicht auf einen einheitlichen Konsens bei der Gesetzgebung zurückgegriffen werden konnte und eine Regelung des Verhältnisses daher unterblieb.⁸²⁰

Bald bildete sich die Überzeugung, dass Vertrags – und Deliktsrecht unabhängig nebeneinander stünden, generell heraus,⁸²¹ da eine Handlung sowohl vertragliche als auch deliktische Pflichten verletzen kann. Es setzte sich die Ansicht durch, dass beide Ansprüche miteinander konkurrierten, aber sich nicht gegenseitig beeinflussten.⁸²² Schließlich sei keineswegs eine Ordnung vorrangig, weshalb eine wechselseitige Beeinflussung nicht erfolgen könne.⁸²³ Eine Haftungsmilderung des Vertragsrechtes könne deswegen nicht auf das Deliktsrecht übertragen werden, da der Haftungsmilderung noch zahlreiche Anwendungsfälle verblieben, in denen vertragliche Haftung, jedoch keine deliktische Haftung gegeben sei.⁸²⁴ Dies wurde später relativiert, indem es nach dem Willen der Parteien möglich sein konnte, die Haftungserleichterung zu übertragen.⁸²⁵ Jedoch gab es auch früh die Meinung, dass die Ansprüche zwar nebeneinander stünden, sich aber gegenseitig modifizieren könnten; wenn nämlich „der Schuldner seiner aus dem Rechtsverhält-

⁸²⁰ Schlechtriem, Gutachten und Vorschläge Band II, S. 1600.

⁸²¹ So bereits: Schmidt, Gesetzeskonkurrenz, § 5 II, S. 30; Windscheid/Kipp II Vor § 451, S. 950; Eichler, AcP 162 (1963), 401 (416).

⁸²² Enneccerus, Bürgerliches Recht, Bd I 2, (1914), § 449, S. 638; (1927), § 449, S. 657.

⁸²³ Dietz, Anspruchskonkurrenz, S. 240.

⁸²⁴ Enneccerus, Bürgerliches Recht, Bd I 2, (1914), § 449, S. 639; (1927), § 449, S. 658. Für § 599: Oertmann, Recht der SV, § 600 S. 571; a.A. Windscheid/Kipp II Vor § 451, S. 950.

⁸²⁵ Enneccerus, Bürgerliches Recht, Bd I 2, (1927), § 449, S. 658, Fn. 12.

nisse ruhenden Verpflichtungen, oder in Ausübung seines darauf beruhenden Rechts“ handle.⁸²⁶ Im Gegensatz dazu sollte die volle Haftung eintreten, handle er nur bei Gelegenheit.⁸²⁷ Später ist man überwiegend von der Annahme zweier gänzlich selbstständiger Ansprüche abgerückt.⁸²⁸ Schließlich hätten die Ansprüche verschiedene Wurzeln, gleichwohl dieselbe Wirkung.⁸²⁹ Daher wurde als maßgeblicher Grund für diese Sichtweise auch die zivilprozessuale Betrachtung des Streitgegenstandes angeführt.⁸³⁰ Die Haftungsmilderung müsse auf Delikt durchschlagen, weil sie sonst ihre Bedeutung verlieren würde.⁸³¹

Heute wird in der Literatur von einer Anspruchskonkurrenz ausgegangen, nach der vertragliche und deliktische Ansprüche grundsätzlich gleichberechtigt nebeneinander stehen, sich allerdings gegenseitig beeinflussen können.⁸³² Daher wird gesagt, die vertraglichen Voraussetzungen gingen regelmäßig vor.⁸³³ Als relevantester Ausnahmefall werden gesetzliche Haftungsmilderungen des Schuldrechts gesehen.

Daher ist man sich heute bei § 300 einig, dass eine Haftungsmilderung – falls sie im vertraglichen Bereich Anwendung findet – auch auf den deliktischen Bereich durchschlagen muss.⁸³⁴ Ebenso bei den §§ 521, 599 verlangt eine starke Meinung den Gleichlauf von Vertrag und Delikt. So auch bei § 680⁸³⁵ und § 968⁸³⁶, wo vertreten wird, dass die Haftungsmilderung grundsätzlich auf Delikt anzuwenden ist.

In der Rechtsprechung wurde hervorgehoben, dass es sich um eine echte Anspruchskonkurrenz handle; beide Materien sind gleichrangig.⁸³⁷

⁸²⁶ Windscheid/Kipp II Vor § 451, S. 950.

⁸²⁷ Windscheid/Kipp II Vor § 451, S. 950.

⁸²⁸ Eichler, AcP 162 (1963), 401 (417); Esser, Schuldrecht AT und BT, 2. Aufl. 1960, § 201, 3 g, S. 834; vorher bereits Windscheid/Kipp II Vor § 451, S. 950.

⁸²⁹ Eichler, AcP 162 (1963), 401 (417).

⁸³⁰ Eichler, AcP 162 (1963), 401 (418).

⁸³¹ BGB-RGRK Vor § 823 Anm. 27.

⁸³² Staudinger/Hager Vor § 823 Rn. 38 (m.w.N.); Bamberger/Roth/Spindler § 823 Rn. 0.42, 0.43; Erman/Schiemann Vor § 823 Rn. 25; Erman/Buck-Heebl/Schiemann Vor § 823 Rn. 25; Soergel/Spickhoff Vor § 823 Rn. 73, 76; Medicus/Lorenz, SchuldR I AT, § 35 II, Rn. 408, S. 194, ähnlich: Eichler, AcP 162 (1963), 401 (420); kritisch: MüKo/Wagner Vor § 823 Rn. 68, 71.

⁸³³ Erman/Buck-Heebl/Schiemann Vor § 823 Rn. 26.

⁸³⁴ MüKo/Ernst § 300 Rn. 2; Staudinger/Löwisch/Feldmann § 300 Rn. 11; Soergel/Wiedemann § 300 Rn. 10; Bamberger/Roth/Unberath § 300 Rn. 3; Erman/Hager § 300 Rn. 4; ebenso für die m.M., die auf Zusatzpflichten abstellt: Grunewald, FS Canaris, S. 331 (334).

⁸³⁵ BGH NJW 1972, 475 (475); Staudinger/Bergmann § 680 Rn. 18; MüKo/Seiler § 680 Rn. 7; Erman/Dornis § 680 Rn. 2; Bamberger/Roth/Gehrlein § 680 Rn. 1; Soergel/Beuthien § 680 Rn. 2.

⁸³⁶ Staudinger/Gursky § 968 Rn. 1; jurisPK/Martinek § 968 Rn. 1; Soergel/Henssler § 968 Rn. 1; MüKo/Oechsler § 968 Rn. 1.

⁸³⁷ BGHZ 9, 301 (302); BGHZ 17, 214 (217); BGHZ 24, 188 (190); BGHZ 32, 194 (203); BGHZ 46, 140 (142).

Früh wurden allerdings Auswirkungen des Vertragsrechtes auf das Deliktsrecht anerkannt.⁸³⁸ Hieran hielt man sich im Folgenden, insbesondere bei Haftungsmilderungen.⁸³⁹ Der Gesetzgeber habe aufgrund der Unentgeltlichkeit der Geschäfts die vertraglichen Sorgfaltspflichten herabgesetzt, was sich zwangsläufig auch auf die Pflichtenanforderungen des Deliktsrechtes auswirken müsse.⁸⁴⁰

Im Rahmen der historischen Auslegung ist also festzustellen, dass zunächst eine Übertragbarkeit allseits verneint, heute jedoch im Gegenteil allseits bejaht wird. Fraglich ist, warum dieser Wandel in das genaue Gegenteil stattgefunden hat.

Das Verhältnis von Vertrags – und Deliktsrecht wurde schon lange als Anspruchskonkurrenz gesehen, weshalb sie grundsätzlich unbeeinflusst nebeneinander stehen. Im Grundsatz ist dies noch so; nur gibt es inzwischen so viele Ausnahmen, dass das Verhältnis von Grundsatz und Ausnahme nicht mehr so klar ist.

Um die Folgen des Wandels zu begreifen, muss man sich die Gründe dieses Wandels vergegenwärtigen. Ursprünglich hatte das Deliktsrecht nur ergänzende Funktion neben einem Vertragsrecht, das die „individuelle bürgerliche Selbstverwirklichung in der Wirtschaft und Gesellschaft durch autonome Willenserklärungen“ zum Inhalt hatte.⁸⁴¹ Diese liberale Selbststeuerung sollte nur durch Schutz des status quo elementarer Güter wie Eigentum und körperlicher Unversehrtheit ergänzt werden.⁸⁴² Jedoch sei das Vertragsrecht immer „konturloser“ und das Deliktsrecht immer weiter geworden.⁸⁴³ Die Ausweitung des Deliktsrechts etwa zeigt sich an der Entwicklung des Konzeptes der Verkehrssicherungspflichten durch die Rechtsprechung⁸⁴⁴ oder der Anerkennung des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes.⁸⁴⁵ Diese Wirkungen des Deliktsrechts sind heute durch die Rechtsgemeinschaft anerkanntes Gewohnheitsrecht. Die Erweiterung des Vertragsrechts an der „(Wieder)entdeckung“ der allgemeinen Vertragshaftung durch pVV.⁸⁴⁶ Von den Gegnern einer Ausdehnung der Haftungsprivilegierungen auf das Deliktsrecht wird die Weiterentwicklung der pVV, welche ursprünglich die Schwächen des Deliktsrechts ausgleichen wollte, angeführt.⁸⁴⁷ Durch dieses Instrument sollte die Haftung verschärft werden; wenn jedoch die Haftungsprivilegien auch auf das Deliktsrecht Anwendung fänden, so würde dessen Anwendungsbereich wesentlich geringer. Jedoch ist die pVV heute in § 241 II gesetzlich geregelt, womit die Ausweitung der vertraglichen Haftung Wille des Gesetzgebers ist. Da das Deliktsrecht ohne gesetzgeberische Änderung

⁸³⁸ RGZ 66, 363 (364); RGZ 88, 317 (318).

⁸³⁹ BGHZ 46, 140 (142); BGHZ 46, 313 (316); BGHZ 93, 23 (29).

⁸⁴⁰ BGHZ 46, 140 (141).

⁸⁴¹ Brüggeheimer, Deliktsrecht, S. 70, Rn. 67.

⁸⁴² Brüggeheimer, Deliktsrecht, S. 71, Rn. 67.

⁸⁴³ Brüggeheimer, Deliktsrecht, S. 72, Rn. 69, 70.

⁸⁴⁴ Staudinger/Hager § 823 Rn. E1.

⁸⁴⁵ MüKo/Wagner § 823 Rn. 188.

⁸⁴⁶ Schlechtriem, Gutachten und Vorschläge Band II, S. 1601.

⁸⁴⁷ So Staudinger/Wimmer-Leonhardt § 521 Rn. 13.

mit der Zeit Ausweitungen erfahren hat, wäre eine Einschränkung nicht wertungswidersprüchlich.⁸⁴⁸

Sowohl das Vertragsrecht als auch das Deliktsrecht haben sich seit Schaffung des BGB folglich gewandelt. Grundsätzlich sind Vertragsrecht und Deliktsrecht heute nach wie vor zwei getrennte Materien; diese allerdings haben jeweils einen wesentlich weiteren Anwendungsbereich. Aufgrund dieser erweiterten Anwendungsmöglichkeiten entstehen folglich mehr Überschneidungen der Bereiche. Mit einer „Expansion bestimmter Haftungsregeln verändern sich aber auch die Konkurrenzfragen“.⁸⁴⁹

Dieser Wandel wirkt sich nämlich auf den Anwendungsbereich von Normen aus. Diese Überschneidungen verändern die Lage, so dass einer Haftungsmilderung im Vergleich zur früheren Rechtslage kaum ein Anwendungsbereich verbliebe, wenn sie nicht auf das Deliktsrecht übertragen würde. Aufgrund dieser Entwicklung hat sich das Argument, den Haftungserleichterungen verbleibe ein Anwendungsbereich, auch wenn man sie nicht auf das Deliktsrecht übertrage, erübrigt, ja sogar in sein Gegenteil verkehrt.

Aufgrund dieser Entwicklung steht die Rechtsprechung und h.M. der Literatur heute auf dem Standpunkt, dass Vertrag und Delikt grundsätzlich nebeneinander und unabhängig voneinander existieren, es jedoch auch der Fall sein kann, dass deliktische Normen durch vertragliche Normen beeinflusst werden.⁸⁵⁰ Eine Beeinflussung kann etwa dann stattfinden, wenn die Ratio der Beschränkung für den vorliegenden Fall maßgeblich ist.⁸⁵¹ Hierfür spreche vor allem, dass es nicht einsehbar sei, wenn der Vertragspartner schlechter als ein beliebiger Dritter geschützt sei.⁸⁵² Außerdem würde sonst die Haftungsbeschränkung leer laufen.⁸⁵³

Während die Materialien eher dafür sprechen, im Einklang mit der ursprünglichen Konzeption des BGB eine Anwendbarkeit der Haftungserleichterungen auf das Deliktsrecht zu verneinen, wird nach der historischen Auslegung klar, dass die absolut h.M. heute von einer Beeinflussung ausgeht, da sich das Verständnis des Verhältnisses von Vertrags- und Deliktsrecht gewandelt hat. Diese heutige Rezeption beruht auf einer tatsächlichen Rechtsentwicklung, die v.a. durch die Rechtsprechung vorangetrieben wurde, aber auch vom Gesetzgeber unterstützt wurde. Insbesondere diese Anerkennung durch den Gesetzgeber zeigt, dass gleichfalls jüngere gesetzgebende Gremien diesen Wandel befürworten und somit die Vorstellungen des älteren BGB-Gesetzgebers ersetzt wurden. Da viele dieser Entwicklungskomponenten, heute anerkannte Rechtsprechung sind und wohl als Gewohnheitsrecht bezeichnet werden können, ist dieses gewandelte Verständnis relevant. Daher spricht in der Historie mehr dafür, die Haftungserleichterungen im Deliktsrecht anzuwenden.

⁸⁴⁸ In diesem Sinne auch: Medicus, FS Odersky, S. 589 (593).

⁸⁴⁹ Schlechtriem, Gutachten und Vorschläge Band II, S. 1599.

⁸⁵⁰ Staudinger/Hager Vorbem. zu §§ 823 ff. Rn. 38; Bamberger/Roth § 823 Rn. 0.46; Erman Vor § 823 Rn. 26.

⁸⁵¹ MüKo/Grundmann § 276 Rn. 37.

⁸⁵² Staudinger, Vorbem. zu §§ 823 ff., Rn. 38.

⁸⁵³ Staudinger, Vorbem. zu §§ 823 ff., Rn. 39; MüKo Vor § 823 Rn. 71; Soergel Vor § 823 Rn. 76.

[c]. Systematik

Die Haftungsbegrenzungen sind an verschiedenen Stellen des BGB verortet.

[aa]. § 300

Die Haftungsmilderung des § 300 ist Teil des allgemeinen Schuldrechtes. Dieses gilt seiner systematischen Stellung nach für das gesamte besondere Schuldrecht. Das besondere Schuldrecht jedoch besteht aus vertraglichen und gesetzlichen Schuldverhältnissen. Durch das Deliktsrecht wird ein gesetzliches Schuldverhältnis begründet. Dies könnte dafür sprechen, die Haftungsmilderung auf das Deliktsrecht anzuwenden.

Allerdings ist die Haftungsmilderung ihrer Natur nach nur auf Schuldverhältnisse anwendbar, welche eine „Annahme“ vorsehen. Eine solche Annahme liegt regelmäßig bei vertraglichen Schuldverhältnissen vor; wie bei Kauf, Werkvertrag, Miete, etc. Doch ist diese auch bei vertraglichen Schuldverhältnissen nicht immer möglich; bei einem Auftrag muss eventuell nichts angenommen werden, auch bei einer Bürgschaft besteht zwischen Bürgen und Hauptschuldner keine Annahmepflicht. Bei den gesetzlichen Schuldverhältnissen ist eine Annahme beispielsweise in einer bereicherungsrechtlichen Situation denkbar, wohingegen in der klassischen deliktsrechtlichen Situation keine Annahme notwendig ist.

Jedoch wird sich die Frage der Anwendbarkeit der Haftungsmilderung im Deliktsrecht nur in solchen Konstellationen stellen, wo der deliktische Anspruch mit einem vertraglichen Anspruch konkurriert. Und das selbstverständlich nur, wenn eine Annahmemöglichkeit gegeben gewesen wäre, also ein Verzug vorliegt. In diesen Fällen jedoch passen die Vorschriften des Gläubigerverzuges. Daher muss aber die Haftungserleichterung aufgrund ihrer Stellung im allgemeinen Schuldrecht angewendet werden.

[bb]. §§ 521, 599

Anders ist dies bei den §§ 521, 599; diese sind im besonderen Schuldrecht einem speziellen Schuldverhältnis zugeordnet.

Möglicherweise kann die Betrachtung des Verhältnisses von Vertrags – und Deliktsrecht eine Antwort auf die Frage geben: Die Systematik von Vertrags – und Deliktsrecht im BGB hat einige Überschneidungen, indem derselbe Sachverhalt nach beiden Materien zum Schadensersatz führen kann; jedoch existieren auch wesentliche Unterschiede im Grund und Ausgestaltung der Haftung. Unterschiede bestehen vor allem darin, dass im Deliktsrecht grundsätzlich kein allgemeiner Vermögensschutz gewährt wird.⁸⁵⁴ Ferner divergieren die Beweislast und die Verjährungsfristen.⁸⁵⁵ Während Beweislast und Verjährungsfristen mit der zufällig entstandenen Beziehung der Parteien der unerlaubten Handlung zu erklären sind, ist der fehlende Vermögensschutz im Deliktsrecht interessant. Im Vertragsrecht wird das Vermögen geschützt; insbesondere bei den Haftungsmilderungen wurde festgestellt, dass diese dem Schutz des Vermögens dienen. Allerdings

⁸⁵⁴ Staudinger/Hager Vorbem. zu §§ 823 ff. Rn. 20, 37.

⁸⁵⁵ Staudinger/Hager Vorbem. zu §§ 823 ff. Rn. 37.

handelt es sich in den vorliegenden Problemfällen um einen Deliktsanspruch des Beschenkten oder Entleihers, während durch die vertragliche Haftungserleichterung das Vermögen des Schenkers oder Entleihers geschützt werden soll. Der fehlende Vermögensschutz des Deliktsrechts kann mithin kein Grund sein, eine Übertragung der Haftungsprivilegierungen zu verneinen.

Fraglich ist jedoch, ob es einen zwingenden Grund gibt, die Anwendung der Haftungserleichterungen im Deliktsrecht – zumindest teilweise – zu bejahen. Dies könnte dann der Fall sein, wenn man das Haftungssystem des BGB als Ganzes sieht. Für den Fall der Schenkung oder Leihe könnte die Haftungsbegrenzung eine auch für das Deliktsrecht geltende *lex specialis* sein. Selbst wenn diese Spezialität sich nicht bereits aus dem ursprünglichen BGB ergibt, so hat sie sich doch mit der Ausweitung der Anwendungsbereiche von vertraglicher und deliktischer Haftung entwickelt. Wenn man die Haftungserleichterung niemals auf das Deliktsrecht anwenden würde, würde es zu Wertungswidersprüchen des Rechtssystems kommen: wie gesehen wird durch das Vertragsrecht sowohl das Erfüllungs – als auch das Integritätsinteresse geschützt, während im Deliktsrecht nur das Integritätsinteresse geschützt wird. Diese beiden Arten der Interessen des Gläubigers lassen sich gut unterscheiden. Allerdings ist es möglich, dass durch ein und dieselbe Verletzungshandlung oder Pflichtverletzung sowohl das Erfüllungs – als auch das Integritätsinteresse beeinträchtigt wird.⁸⁵⁶ Dann hilft die Unterscheidung der verletzten Interessen nicht weiter, weil sich das Verschulden der Haftungsmilderung auf die Pflichtverletzung bezieht. Man kann daher nicht schlussfolgern, dass die Haftungsmilderungen sich niemals auf Integritätsinteressen beziehen;⁸⁵⁷ diese können schließlich ebenfalls im Vertragsrecht relevant sein. Da das aber der Fall ist, müssen Vertragsrecht und Deliktsrecht im Falle solcher Überschneidungen gleich behandelt werden, um nicht einmal das Integritätsinteresse im Vertragsrecht so indessen im Deliktsrecht anders zu behandeln. Da es also maßgeblich auf die Pflichtverletzung ankommt, auf welche sich die Haftungsmilderung auch bezieht, muss anhand dieser Pflichtverletzung entschieden werden, ob die Haftungsmilderung anwendbar sein soll. Die Haftungsmilderung ist immer dann relevant, wenn ein Bezug zu dem vermögensmindernden Charakter der Schenkung oder Leihe besteht. Wenn also die Pflichtverletzung etwas mit der Vermögensminderung zu tun hat, muss die Haftungsmilderung bei dieser Pflichtverletzung im Deliktsrecht angewendet werden. Dies entspricht im Kern der Lösung des BGH, der die Haftungsmilderung dann überträgt, wenn die Pflichtverletzung im Zusammenhang mit dem Gegenstand des Schenkungs – oder Leihvertrages steht.

Eine Differenzierung danach, ob der Schaden an dem Geschenk selbst oder an einem anderen Rechtsgut entsteht,⁸⁵⁸ kann nicht weiter helfen, da es vom Zufall abhängt, an welchem Rechtsgut der Schaden entsteht. Vielmehr müssen die verschiedenen Verkehrssi-

⁸⁵⁶ Beispielsweise übergibt der Schenker dem Beschenkten das zu schenkende Messer und verletzt diesen, als er es ihm überreicht. Dann handelt er in Erfüllung des Vertrages, verletzt aber zugleich die Integrität des Beschenkten.

⁸⁵⁷ So aber MüKo/Wagner Vor § 823 Rn. 72.

⁸⁵⁸ So wohl: Staudinger/Wimmer-Leonhardt § 521 Rn. 14.

cherungspflichten danach beurteilt werden, ob sie im spezifischen Zusammenhang mit dem Vertrag stehen oder allgemeiner Art sind.

Die Meinung, welche die Haftungsmilderungen nie auf Deliktsrecht anwenden will, erkennt, dass sich die Konkurrenzfrage vor allem dann stellt, wenn ein allgemeines Schutzgut des § 823 I verletzt ist, jedoch kein vertragliches Schutzgut.⁸⁵⁹ Also vor allem dann, wenn gleichzeitig eine Schutzpflichtverletzung im Sinne des § 241 II gegeben ist, muss im Gleichlauf mit den Schutzpflichtverletzungen entschieden werden, um Wertungswidersprüche zu vermeiden. Dass eine Unterscheidung zwischen Erfüllungs- und Integritätsinteresse nicht weiterhilft, wurde bereits aufgezeigt.

Das Argument, die Haftungsmilderung könnten nie auf das Deliktsrecht angewendet werden, weil eine geringere Sorgfalt hinsichtlich deliktisch geschützter elementarer Rechtsgüter aufgrund des hohen Ranges der Rechtsgüter nicht in Frage käme,⁸⁶⁰ überzeugt nicht. Wenn man das Vertragsrecht vollkommen losgelöst vom Deliktsrecht sähe, wäre dies eine zu formale Betrachtungsweise, die den tatsächlichen Fallgestaltungen nicht gerecht würde. Eine Pflichtverletzung, auf die sich das Verschulden bezieht, kann nämlich beide Interessen gleichzeitig verletzen. Die Personen, die sich im Rahmen eines Schenkungs- oder Leihvertrages gegenüber stehen, stehen sich eben nicht wie zufällig sich treffende Parteien gegenüber, sondern in ihrer Eigenschaft als bewusst gewählte Vertragspartei. Wenn sie in dieser Eigenschaft handeln, kann man das Vertragsrecht und das Deliktsrecht nicht vollkommen voneinander entkoppeln. Ob eine eventuelle Haftungsmilderung sich nur auf einen allgemeinen Rechtssatz gründen ließe, kann dahingestellt bleiben, weil es zumindest im Schenkungsrecht und bei Leihvertrag eine solche allgemeine Haftungsmilderung gibt.

Wenn allerdings behauptet werde, die Haftungsprivilegierung müsse immer im Deliktsrecht gelten, da sie andernfalls leer liefe,⁸⁶¹ wird nicht berücksichtigt, dass das Vertrags- und das Deliktsrecht trotz ihrer Verquickung unterschiedliche Rechtsmaterien darstellen. Der innere Grund der Haftung ist im Vertragsrecht immer noch die freiwillige geschäftliche Beziehung, während im Deliktsrecht Schäden kompensiert werden, welche auch zwischen Unbekannten entstehen können. Wenn sich die Vertragsparteien aber wie Unbekannte gegenüber stehen, so ist nicht ersichtlich, warum eine vertragliche Haftungsmilderung auf das Deliktsrecht Auswirkung haben sollte. Nur wenn auch der Zweck der Norm einschlägig ist, kann diese als spezielle Norm einen Sachverhalt regeln.

Eine andere Lösung als die hier vorgeschlagene, welche auf den Bezug zur jeweiligen Hauptleistungspflicht abstellt, würde dem Gesamtkonzept des BGB widersprechen. Dieses Gesamtkonzept sieht zwar die Haftung auf vertraglicher und deliktischer Basis vor, dennoch steht hinter jeder Haftung als Grund eine Pflichtverletzung. Die wahrzuneh-

⁸⁵⁹ So: Schlechtriem, Vertragsordnung und außervertragliche Haftung, S. 348, Fn. 259.

⁸⁶⁰ So: Staudinger/Wimmer-Leonhardt § 521 Rn. 13; Esser/Weyers, SchuldR Bd II BT 1, § 25 III, S. 210.

⁸⁶¹ Staudinger/Reuter § 599 Rn. 3; Erman/v. Westphalen § 599 Rn. 1; Medicus, FS Odersky, S. 589 ff.; ähnlich Staudinger/Wimmer-Leonhardt § 521 Rn. 12, 14, wenn der Schaden an der geschenkten oder verliehenen Sache eintritt.

menden Pflichten ergeben sich aber, wenn eine vertragliche Beziehung besteht, unter anderem auch aus dem Vertragsrecht.

Fraglich ist, ob es etwas ausmacht, dass diese aus dem Vertragsrecht übernommene Wertung keine zwingende Vorgabe des Gesetzgebers ist, sondern eine Wertungsscheidung, welche von der Rechtsprechung in Ermangelung einer Vorgabe des Gesetzgebers getroffen wurde. Ursprünglich war nämlich der Gesetzgeber für den Bereich des Deliktsrechts eher davon ausgegangen, dass eine vertragliche Haftungsbeschränkung hier nicht anwendbar sein solle. Jedoch wurden im Rahmen des Deliktsrechts umfangreichere Verkehrspflichten anerkannt, als sie zur Zeit der Schaffung des BGB bestanden. Mit dieser Erweiterung der Verkehrspflichten hat sich zugleich der Anwendungsbereich des Deliktsrechtes erweitert, welcher nun durch die vertraglichen Haftungsbeschränkungen wieder teilweise zurückgenommen wird; was im Einklang mit dem damals gewollten geringeren Anwendungsbereich des Deliktsrechts steht.

Daher sollten die Haftungsbeschränkungen der §§ 521, 599 als *leges speciales* dann auf das Deliktsrecht anwendbar sein, wenn der Schaden im Zusammenhang mit vertraglichen Pflichten steht. Nicht im Deliktsrecht anwendbar sein sollten die Haftungsprivilegierungen, wenn der Schaden mit dem Vertrag als Schenkung oder Leihvertrag nicht in Zusammenhang steht.

[cc]. § 680

Die Haftungsmilderung ist Teil des gesetzlichen Schuldverhältnisses der GoA. Auch bei der deliktischen Haftung handelt es sich um ein gesetzliches Schuldverhältnis. Die Tatsache der gleichen Erscheinungsform als gesetzliches Schuldverhältnis bei beiden Gebieten kann eine Übertragung der Haftungsmilderung jedoch noch nicht rechtfertigen. Im Gegensatz zum Deliktsrecht wird bei der GoA das Schuldverhältnis zumindest durch eine Partei, den Geschäftsführer, bewusst eingegangen. Dies zwar mit einem Realakt, jedoch durch einen bewussten. Während im Deliktsrecht entweder ein bewusster Akt (Vorsatz) oder ein Versehen (Fahrlässigkeit) zum Entstehen des Schuldverhältnisses führen kann. Daher wird die Haftung nach GoA auch als quasi-vertragliche Haftung bezeichnet. Nicht zuletzt ergibt sich die Nähe zum Vertragsrecht in der Verortung inmitten des besonderen Schuldrechts.

Im Unterschied zu den vertraglichen Haftungsmilderungen wird jedoch bei der GoA als gesetzliches Schuldverhältnis nicht das Erfüllungsinteresse, sondern das Integritätsinteresse geschützt; ebenso wie beim Deliktsrecht. Die Unterscheidung von Erfüllungs- und Integritätsinteresse ist eines der Hauptargumente von den Gegnern der Anwendbarkeit der vertraglichen Haftungsmilderungen im Deliktsrecht. Wie jedoch bereits gezeigt, greift dieses Argument nicht, da auch im Vertragsrecht das Integritätsinteresse geschützt wird und eine unterschiedliche Behandlung desselben Interesses gegen die Einheit des Haftungssystems sprechen würde. In der vorliegenden Konstellation würde das Argument sogar für eine Anwendbarkeit im Deliktsrecht sprechen, weil beides Mal dasselbe Interesse, das Integritätsinteresse geschützt wird.

Dies kann jedoch nur als Indiz gewertet werden, da bereits dargelegt wurde, dass die Unterscheidung zwischen den geschützten Interessen nicht weiterhilft; schließlich können durch ein und dieselbe Handlung beide Interessen geschädigt werden, was diese als Abgrenzungskriterien problematisch macht.

Der wesentliche Unterschied ist hier, dass im Deliktsrecht der Eingriff grundsätzlich verboten wird, um das Gut zu schützen, während bei der GoA ein Eingriff ausnahmsweise erlaubt wird, um das Rechtsgut zu schützen.

Hier zeigt sich schon, dass einerseits durch beide Regelungen dasselbe Ziel, der Schutz von Rechtsgütern anderer, verfolgt wird. Und dass andererseits das Deliktsrecht die Regel – Eingriff in private Rechtsgüter unerwünscht – und die GoA die Ausnahme – Eingriff in private Rechtsgüter erlaubt – enthält.

Da beide Gebiete dasselbe Ziel verfolgen, sind sie nicht als widersprüchliche Materien zu begreifen, sondern als sich ergänzende. Da die GoA als Regelung der Ausnahmefälle speziellere Regelungen trifft, müssen diese im allgemeineren Deliktsrecht grundsätzlich anwendbar sein. Fraglich ist jedoch, wann genau das der Fall sein muss.

Wie gesehen ist die Haftungsmilderung bei der GoA nicht auf jeden Fall anwendbar, sondern nur wenn eine berechtigte GoA vorliegt. Der Geschäftsführer muss mit Fremdgeschäftsführungswillen handeln und auch mit Willen oder im Interesse des Geschäftsherren. Grund hierfür war der Sinn und Zweck der Haftungsmilderung, die sich auf die Pflichtverletzung bezieht. Daher muss in diesen speziellen Fallgruppen – aber auch nur in diesen – die Würdigung in das Deliktsrecht übernommen werden.

[dd]. § 968

Die Stellung des § 968 im Sachenrecht schließlich erklärt sich aus der Tatsache, dass der Finder unter bestimmten Voraussetzungen Eigentümer der Sache werden kann. Jedoch entsteht wie bei der GoA ein gesetzliches Schuldverhältnis, so dass das dort Gesagte gilt: für den redlichen Finder gilt parallel zum Schuldverhältnisses des Fundes die Haftungsbegrenzung auch im Deliktsrecht.

[ee]. Zusammenfassung

Nach der systematischen Auslegung ist § 300 als Teil des allgemeinen Schuldrechtes auf das Deliktsrecht anzuwenden. Für die §§ 521, 599 sind die Wertungen auf das Deliktsrecht zu übertragen, weil die Haftungsmilderungen sich auch auf das Integritätsinteresse beziehen können, wie bei den Schutzpflichtverletzungen festgestellt. Ob das der Fall ist, wird durch die Art der Pflichtverletzung bestimmt. Daher muss die Haftungsbegrenzung als *lex specialis* dann im Deliktsrecht anwendbar sein, wenn diese Pflichtverletzung einen Zusammenhang mit der Hauptleistungspflicht des Vertrages hat. Diese Erwägung des geschützten Interesses gilt auch bei den §§ 680, 968. Dort kommt hinzu, dass GoA und Fund eine Ausnahme, bei der der Eingriff in fremde Rechtsgüter erlaubt ist, statuieren. Dieser Eingriff muss dann aber im allgemeineren Deliktsrecht aufgrund der Spezialität der Haftungsmilderungen gleich behandelt werden.

[d]. *Telos*

Die Normen, welche die Haftung erleichtern, haben unterschiedliche Grundgedanken.

[aa]. § 300

Als Ratio Legis des § 300 wurde die Modifizierung der Verschuldenshaftung zum Ausgleich der Bewahrung der Leistungsfähigkeit festgestellt.

Im vertraglichen Bereich wurde festgestellt, dass keinesfalls jegliche vertragliche Pflichtverletzung von der Haftungsmilderung umfasst ist, sondern lediglich die, die sich auf die Hauptleistungspflicht beziehen. Das Vertragsrecht im Vergleich zum Deliktsrecht ist das von den Parteien gewollte und bewusste Zusammentreffen. Wenn aber die Parteien etwas im gesetzlich erlaubten Rahmen geregelt haben, dann ist es nicht am Gesetz, eine andere Wertung vorzunehmen. Oftmals haben die Parteien jedoch nichts Spezielles geregelt, weshalb dann die gesetzlichen Standardregeln für den jeweiligen Fall eingreifen. Diese bestehen beispielsweise in der Haftungsmilderung bei Verzug. Diese gesetzlichen Regeln sind bemüht, den angemessenen Ausgleich zwischen den Parteien zu finden. Es ist nicht der Sinn des Deliktsrechtes in diese Wertungen einzugreifen; vielmehr will es Schaden anteilmäßig verteilen. Hier aber wurde diese Risikoverteilung teilweise umgekehrt, aus Gründen, die der speziellen Konstellation gerecht werden. Es ist daher die Haftungsmilderung auf das Deliktsrecht zu übertragen, wenn sie im vertraglichen Bereich Anwendung findet.

Hiergegen wird oft angeführt, dass dann beliebige Dritte einander strenger haften würden, als die Vertragsparteien. Das ist richtig, indes keineswegs schlimm; schließlich besteht eine Sonderverbindung, die auch Sonderwertungen erfordert: die beliebigen Dritten stehen einander neutral gegenüber. Die Vertragsparteien im Verzug jedoch nicht: der Gläubiger ist in Verzug geraten. Er hat eine Obliegenheit verletzt, weshalb der Schuldner noch in der Leistungspflicht ist. Sie stehen einander daher nicht mehr neutral gegenüber, sondern einer der beiden Parteien hat sich nicht absprachegemäß verhalten.

Daher sollte die Haftungsbeschränkung dann auf das Deliktsrecht anwendbar sein, wenn sich die Pflichtverletzung auf die vertragliche Hauptleistungspflicht bezieht.

Dies stimmt mit der Interessensbewertung des Gesetzgebers überein: die Modifizierung der Verschuldenshaftung schränkt die Rechte des Gläubigers auf Schadensersatz ein. Diese Einschränkung wäre dann nicht mehr gegeben, wenn über den weiten Anwendungsbereich des Deliktsrechtes die Haftungsmilderung unterwandert würde. Auch auf Seiten des Schuldners würde dies dazu führen, dass sein Vermögen faktisch doch in den meisten Fällen mit einem Schadensersatzanspruch des Gläubigers belastet wäre.

[bb]. §§ 521, 599

Der Zweck dieser Haftungsmilderungen wurde bereits bestimmt: dieser liegt darin, dass derjenige, der sein Vermögen freiwillig dauerhaft verringert, nicht sein Vermögen zusätzlich für eine Haftung nach Vorsatz und jeder Fahrlässigkeit bereithalten müssen. Fraglich ist, ob nach diesem Zweck die Haftungsmilderungen im Deliktsrecht anwend-

bar sein müssen. Auch eine Haftung nach dem Deliktsrecht greift in das Vermögen des Schenkers oder Verleihers ein. Der Sinn und Zweck der Haftungsbegrenzung beruht auf einem ökonomischen Moment. Im Deliktsrecht allerdings ist das Vermögen kein allgemeines Schutzgut. Dies könnte dagegen sprechen, dass die Haftungsmilderung überhaupt auf das Deliktsrecht anwendbar ist. Allerdings wurde bereits erörtert, dass die Haftungsmilderung nur dann eingreift, wenn ein Anspruch gegen den Schenker gegeben ist und nicht wenn ein Anspruch des Schenkers gegeben ist. Wenn ein Anspruch des Schenkers gegeben ist, wird sein Vermögen im Deliktsrecht nicht geschützt. Über das Vermögen des Anspruchsgegners hingegen macht das Deliktsrecht keine Aussage. Daher spricht der Sinn und Zweck der Haftungsbegrenzung nicht gegen eine Anwendbarkeit im Deliktsrecht. Vielmehr ist davon auszugehen, dass für Fälle des Vorliegens einer Schenkung die Haftungsbegrenzung eine *lex specialis* darstellt.

[cc]. §§ 680, 968

Sinn und Zweck der Haftungsmilderung der §§ 680, 968 ist die ausnahmsweise Ermutigung zum Eingriff in fremde Rechtsgüter, um diese zu schützen. Das Risiko wird daher teilweise auf den Eigentümer übertragen, der von dem Eingriff profitiert.

Im Deliktsrecht hingegen ist der Eingriff in fremde Rechtsgüter grundsätzlich sanktioniert. Da die §§ 680, 968 die Ausnahme für den Spezialfall darstellen, muss dies auch im allgemeineren Deliktsrecht gelten. Dieses belastet ebenfalls das Vermögen des Schuldners mit einem Schadensersatzanspruch. Von dieser Belastung soll er aber gerade befreit sein.

Für diese Parallelität der Betrachtung spricht zudem folgender Gesichtspunkt. Im BGB ist das Haftungsrecht verteilt; die haftungsbegründenden Vorschriften sind in vielen Bereichen aufzufinden. Das Schadensrecht hingegen ist zentral in den §§ 249 ff. geregelt. Auch wenn im konkreten Fall verschiedene Haftungsgründe gegeben sind: der Schadensersatz ist immer gem. § 249 zu entrichten. Genau dieses Risiko gem. § 249 in Anspruch genommen zu werden, soll aber auf den Geschädigten (zurück) verlagert werden. Die Haftungsmilderungen müssen daher als *leges speciales* in diesen Fällen auch für das Deliktsrecht gelten.

[e]. Zusammenfassung

Dem weiten Wortlaut der Vorschriften nach ist eine Anwendbarkeit auf das Deliktsrecht ohne weiteres möglich.

In der genetischen Auslegung zeigt sich, dass der BGB-Gesetzgeber ursprünglich von einer bloßen Anwendbarkeit auf das Vertragsrecht, nicht hingegen auf das Deliktsrecht gewollt war. Dies war in der Rechtslehre zunächst ganz h.M.; ebenso in der Rechtsprechung, wo jedoch schon früh Ausnahmen anerkannt worden waren. Das Verhältnis von Vertragsrecht und Deliktsrecht hat sich mit der Zeit gewandelt: heute ist man in Literatur und Rechtsprechung einhellig der Meinung, dass eine vertragliche Haftungserleichterung im Deliktsrecht anzuwenden ist. Diese Kehrtwende hängt damit zusammen, dass die jeweiligen Anwendungsbereiche der Materien durch die Rechtsprechung aber auch

den jüngeren Gesetzgeber ausgedehnt wurden und daher häufige Überschneidungen die Haftungserleichterung unterwandern würde.

Bei § 300 spricht dessen gesamtsystematische Stellung im allgemeinen Schuldrecht bereits für eine Übertragbarkeit der Haftungsbegrenzung. Auch bei den §§ 521, 599 und den §§ 680, 968 würde es zu Widersprüchen in der Rechtsordnung des BGB kommen, wenn man diese nicht parallel zum speziellen vertraglichen bzw. gesetzlichen Schuldverhältnis werten würde. Andernfalls würde das Integritätsinteresse im Vertragsrecht anders als im Deliktsrecht behandelt. Welches Integritätsinteresse geschützt wird, hängt von der Betrachtung im vertraglichen Bereich ab; somit von der Pflichtverletzung. Dies muss ebenso für den deliktischen Bereich gelten. Die Haftungsmilderungen sind speziellere Regeln, die im Gegensatz zu dem allgemeinen Deliktsrecht eine Schadensersatzfolge nicht an ein leicht fahrlässiges Verhalten knüpfen.

Diese Sichtweise wird durch den Sinn und Zweck der Normen bestätigt. Obwohl der hinter den Normen stehende Grundgedanke unterschiedlich ist, so ist doch überall eine Entlastung des Vermögens des Schuldners gegeben. Diese Risikoverteilung würde durch das Deliktsrecht wieder umgekehrt. Dies darf indes nicht der Fall sein, weil ein deliktischer Anspruch das Vermögen des Schädigers gem. § 249 I ebenso belastet wie ein vertraglicher. Diese Belastung soll aber ausnahmsweise nicht gegeben sein, wodurch ein Rechtsgüterschutz des Schädigers gegeben ist. Diesen Rechtsgüterschutz hat sich der Schädiger allerdings durch sein Verhalten im vertraglichen Bereich „verdient“.

ee. Ergebnis

Im Deliktsrecht sind die Haftungsmilderungen ebenso anwendbar, falls sie bei einem parallelen vertraglichen Anspruch einschlägig sind. Da durch die Entwicklung des Vertrags – sowie des Deliktsrechtes das Integritätsinteresse auch im vertraglichen Bereich geschützt ist, kann dessen Schutz durch die Haftungsbegrenzung gleichfalls im Deliktsrecht erfolgen. Schließlich greift das Deliktsrecht durch die Gewährung eines Anspruches genau wie das Vertragsrecht in das Vermögen des Haftenden ein. Die Normen stellen insoweit *leges speciales* dar, deren rechtsgüterschützende Risikozuweisung genau so im rechtsgüterschützenden Deliktsrecht gelten muss.

2. Zusammenfassung

Die Normen, in denen nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit gehaftet wird, entstammen verschiedenen Bereichen des BGB und haben unterschiedliche Veranlassungen.

Es sind drei Bereiche zu unterscheiden: einmal der § 300 im allgemeinen Schuldrecht, dann die §§ 521, 599 als vertragliche Schuldverhältnisse im besonderen Schuldrecht und drittens die §§ 680, 968 als gesetzliche Schuldverhältnisse im besonderen Schuldrecht und im Sachenrecht, wobei die Stellung im Sachenrecht für das Schuldverhältnis zwischen Finder und Berechtigtem nicht von Belang ist.

Der Sinn und Zweck, der hinter den jeweiligen Vorschriften steht, ist daher teilweise unterschiedlich, teilweise aber sind Überschneidungen vorhanden.

a. Teloi

Bei § 300 wird die Haftung gemildert, da der Schuldner seine Leistungsbereitschaft erhalten muss, obwohl es der Gläubiger war, der eine Obliegenheit verletzt hat.

In den §§ 521, 599 ist die Haftungserleichterung im Fall des Schadenseintrittes ein Ausgleich für die bereits freiwillig erfolgte Vermögensminderung. Der Gläubiger bekommt Eigentum bei Schenkung bzw. die Nutzungsmöglichkeit bei Leihe und somit einen Vermögenszuwachs. So wird die Vermögenshaftung spiegelbildlich verschoben: der konkreten Vermögensminderung steht die eventuelle Möglichkeit gegenüber, eine Haftungsmilderung bei Schadenseintritt in Anspruch zu nehmen.

Bei den §§ 680, 968 ist die Haftungsmilderung als Belohnung für und Anreiz zur Hilfsbereitschaft anzusehen, die ohne eigenen unmittelbaren Vermögensvorteil erfolgt. Die Rechtsgüter des Geschäftsherren/Verlierers werden durch den Eingriff des Geschäftsführers/Finders geschützt. Daher wird das Risiko des fahrlässig verursachten Schadenseintrittes auf diesen übertragen.

b. Anwendung

Für die Anwendung der Haftungsbegrenzungen hat sich gezeigt, dass § 300 dann anwendbar sein soll, wenn ein unmittelbarer Bezug der vorliegenden Pflichtverletzung zur Hauptleistungspflicht gegeben ist. Dies, da der Schuldner den Leistungsgegenstand oder seine Leistungsbereitschaft erhalten muss, was im Einzelfall eine Haupt- oder Nebenpflicht sein kann. Daher muss auch jede Nebenpflicht, die sich unmittelbar auf die Hauptleistungspflicht bezieht, in den Anwendungsbereich der Norm einbezogen werden.

Die §§ 521, 599 können dann auf Nebenpflichtverletzungen anwendbar sein, wenn ein unmittelbarer Bezug zur Hauptleistungspflicht besteht. Insbesondere ist eine Anwendung mit dem Sinn und Zweck der Normen nur dann zu vereinbaren, wenn ein Bezug zu der Vermögensminderung besteht. Das Spannungsverhältnis zwischen der Entlastung dessen, der ein freiwilliges Vermögensopfer erbringt einerseits und andererseits der Tatsache, dass Nebenpflichten auch Vertragspartner treffen, die kein Vermögensopfer erbringen, wird so in Ausgleich gebracht.

Der § 680 soll hingegen nur für die berechnete GoA und der § 968 nur für den redlichen Finder Anwendung finden. Dann jedoch auf Pflichten, die keine Hauptpflichten des Finders oder des Geschäftsführers sind, sondern Nebenpflichten, soweit sie sich auf den Fundgegenstand oder die Hauptpflichten des Finders beziehen.

Die Normen sind also dann anzuwenden, wenn diese Güterverschiebung von Belang ist. Diese Güterverschiebung bzw. Leistungsverchiebung geschieht durch die Hauptleistungspflicht. Daher kann die Haftungsmilderung auch nur dann angewendet werden, wenn ein unmittelbarer Bezug zu dieser Hauptleistungspflicht gegeben ist. Mit der Erfüllung der Hauptleistungspflicht kommt nämlich auf der Seite des mit der Haftungsmilderung Belasteten der Vorteil an. Die Hauptleistungspflicht umfasst nämlich einerseits die

Handlung, die die Partei zu tätigen hat, aber auch den Hauptleistungsgegenstand, welcher verschafft werden muss.

Bei der deliktischen Haftung schließlich sind die Haftungserleichterungen dann zu beachten, wenn es ihr Sinn und Zweck verlangt. Das ist vor allem dann der Fall, wenn sie im vertraglichen Bereich eingreifen. Dann sind die gesetzlichen Wertungen des Schuldrechtes hier als speziellere Wertungen anzusehen.

c. Ergebnis

Zentrales Motiv ist die geldwerte Leistung ohne Gegenleistung. Unter geldwerter Leistung ist entweder die Aufbewahrung einer Sache bei Verzug, das Eigentum an einem Schenkungsgegenstand, die Nutzungsmöglichkeit einer Leihsache, die Nothilfe oder die Finderhandlung gemeint; entweder Sachen oder Handlungen werden gewährt ohne dass eine Gegenleistung erbracht wird. Hierdurch wird das Vermögen des Handelnden geschmälert. Es soll daher nicht durch eine Haftung wegen leichter Fahrlässigkeit belastet werden.

Die andere Partei hingegen hat einen Vermögenszuwachs zu verzeichnen, da sie aus der Leistung des anderen einen Vorteil gezogen hat, ohne eine Gegenleistung erbringen zu müssen. Die mit dem Risiko belastete Partei hat in jedem dieser Fälle einen Vorteil gezogen, sie hat entweder das Eigentum, die Nutzungsmöglichkeit oder die Hilfe des anderen erlangt.

Es gibt also eine Güterverschiebung: auf der einen Seite steht ein Geben ohne direkte Gegenleistung, auf der anderen Seite ein Vorteil. Im Rahmen der Haftung wird dies spiegelbildlich behandelt: hier werden anstelle der Güter das Haftungsrisiko verschoben. Dementsprechend sind diese Haftungsbegrenzungen nur dann anwendbar, wenn diese Situation besteht.

IV. DIE *DILIGENTIA QUAM IN SUIS*

Um die Haftungserleichterungen auf *diligentia quam in suis*, die eigenübliche Sorgfalt, zu besprechen, wird zunächst auf die Entstehungsgeschichte dieses sehr früh gebräuchlichen Verschuldensmaßstabes eingegangen. Anschließend werden die einzelnen Normen besprochen, indem ihr Sinn und Zweck ermittelt wird. Da die Berechtigung mancher Paragraphen sehr umstritten ist, wird dies dort kurz dargestellt. Anschließend werden verschiedene problematische Anwendungsfälle der Haftungsbegrenzungen besprochen. Hierbei wird die Anwendbarkeit auf Schutzpflichten und die Anwendbarkeit im Deliktsrecht gemeinsam erörtert. Ein besonderes Kapitel ist dem Straßenverkehr gewidmet. Dies ist das Feld mit der wohl höchsten Relevanz in der Praxis. Am Schluss wird erörtert, welche gemeinsamen abstrahierbaren Grundgedanken hinter den Haftungsbegrenzungen stehen.

Ursprünglich stammt dieser besondere Haftungsmaßstab aus dem römischen Recht.⁸⁶² Dort war in der vorklassischen Zeit nur eine Haftung für *dolus* (Vorsatz) vorgesehen gewesen.⁸⁶³ Die Haftung für *culpa* (Fahrlässigkeit) hingegen wurde erst in klassischer und spätklassischer Zeit entwickelt.⁸⁶⁴ Da also ursprünglich die Fahrlässigkeit keine Haftungskonsequenzen hatte, wurde der Maßstab der *diligentia quam in suis rebus adhibere solet* entwickelt,⁸⁶⁵ da es unbillig (gegen die *bona fides*) erschien, dass der Schuldner mit fremden Sachen nachlässiger umgehen konnte als mit eigenen.⁸⁶⁶ Daher handelte es sich zunächst nicht um eine Haftungserleichterung, sondern um einen Haftungsausdehnungsgrund.⁸⁶⁷ Auch in späterer Zeit war die *diligentia quam in suis* bekannter Haftungsmaßstab, jedoch systematisch schwierig einzuordnen.⁸⁶⁸

Heutzutage wird die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten, die *diligentia quam in suis*, nach dem System des BGB als eine Haftungsbeschränkung angesehen.⁸⁶⁹ Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut, nach dem der Schuldner „nur“ für die eigenübliche Sorgfalt haften muss.⁸⁷⁰ Schließlich haftet gem. § 276 I der Schuldner grundsätzlich auch wegen leichter Fahrlässigkeit und nicht wie ursprünglich im römischen Recht lediglich wegen Vorsatzes, so dass die eigenübliche Sorgfalt ein Minus zur leichten Fahrlässigkeit darstellt. Obere Grenze dieser Haftungserleichterung ist nach dem Gesetzeswortlaut des

⁸⁶² Kaser, Römisches Privatrecht I § 118, III 3, S. 510.

⁸⁶³ Mauel, die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten, S. 25.

⁸⁶⁴ Mauel, die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten, S. 25.

⁸⁶⁵ Von Celsus eingeführt und von Gaius weiterentwickelt; Hausmaninger, FS Kaser, S. 265 (269).

⁸⁶⁶ Mauel, die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten, S. 32.

⁸⁶⁷ Kaser, Römisches Privatrecht II § 258, IV 4, S. 354.

⁸⁶⁸ So etwa im Mittelalter (siehe Hoffmann, Abstufungen der Fahrlässigkeit, S. 40, 55).

⁸⁶⁹ Staudinger/Löwisch/Caspers § 277 Rn. 3, MüKo/Grundmann § 277 Rn. 1; Palandt/Grüneberg § 277 Rn. 3; Jauernig/Stadler § 277 Rn. 3.

⁸⁷⁰ Staudinger/Löwisch/Caspers § 277 Rn. 3; MüKo/Grundmann § 277 Rn. 1; Rother, Haftungsbeschränkungen im Schadensrecht, S. 188.

§ 277 die grobe Fahrlässigkeit;⁸⁷¹ untere Grenze ist die leichte Fahrlässigkeit,⁸⁷² wie sich aus § 276 I ergibt. Es kommt mithin nur ein Verhalten, welches die Grenze zur leichten Fahrlässigkeit überschritten hat, aber die Anforderungen für das Vorliegen einer groben Fahrlässigkeit nicht erfüllt, in Frage.⁸⁷³

Grundsätzlich anerkannt ist, dass es sich hierbei um einen subjektiven Fahrlässigkeitsmaßstab handelt, der culpa in concreto.⁸⁷⁴

Zeitweise war umstritten, was unter der Sorgfalt, wie sie der Schuldner in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, zu verstehen sei. So wurde vertreten, die eigenübliche sei vielmehr die eigenmögliche Sorgfalt.⁸⁷⁵ Hiernach müsste der Schuldner diejenige Sorgfalt anwenden, welche ihm nach seinen persönlichen Fähigkeiten zumutbar und möglich wäre.⁸⁷⁶ Schließlich könne man davon ausgehen, dass der Schuldner schon in eigenem Interesse mit der ihm persönlich möglichen Sorgfalt handle.⁸⁷⁷ Er dürfe sich nicht auf „notorische Nachlässigkeit“⁸⁷⁸ berufen, wenn er über durchschnittliche Fähigkeiten verfüge. „Eine derartige Prämie für notorische Faulheit [sei] in der Tat unbegreiflich und könnte vor den Postulaten der Rechtsethik nicht bestehen.“⁸⁷⁹ Ebenso wird in die Waagschale geworfen, dass eine andere Form der Definition mit schwierigen Beweisproblemen behaftet sei; dem Richter könne in der Praxis nur übrig bleiben, den „Durchschnittsbürger“ anzunehmen.⁸⁸⁰

Diese objektivierende Ansicht findet jedoch keine Stütze im Gesetzeswortlaut, der klar von der eigenüblichen und nicht der eigenmöglichen Sorgfalt spricht.⁸⁸¹ Auch besteht ein deutlicher Unterschied zu § 276, wo die erforderliche Sorgfalt einem objektiven Maßstab unterliegt;⁸⁸² üblich hingegen hat nichts mit einer objektiven Sichtweise zu tun, sondern stellt lediglich auf die tatsächlichen Gegebenheiten ab. Die Formulierung nimmt das sonst nach außen tretende Verhalten als Beispiel, dieses „kann mit den inneren Fähigkeiten und dem Einsichtvermögen identisch sein, muss es aber nicht“.⁸⁸³ Vielmehr stellt der Gesetzeswortlaut auf die normalerweise übliche Gewohnheit des Schuldners ab.

Um also beurteilen zu können, ob ein Verhalten eine relevante Sorgfaltspflichtverletzung im Rahmen des § 277 darstellt, muss zunächst geprüft werden, ob eine objekti-

⁸⁷¹ Heller, der Haftungsmaßstab der „diligentia quam in suis“, S. 12.

⁸⁷² Tatzel, die diligentia quam in suis im ehelichen Verhältnis, S. 48.

⁸⁷³ Tatzel, die diligentia quam in suis im ehelichen Verhältnis, S. 48.

⁸⁷⁴ Staudinger/Löwisch/Caspers § 277 Rn. 1; MüKo/Grundmann § 277 Rn. 1.

⁸⁷⁵ Mauel, die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten, S. 102.

⁸⁷⁶ Wacke, JA 1981, 400 (401).

⁸⁷⁷ Wacke, JA 1981, 400 (401).

⁸⁷⁸ Mauel, die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten, S. 111.

⁸⁷⁹ Wacke, JA 1981, 400 (401).

⁸⁸⁰ Hoffmann, NJW 1967, 1207 (1208).

⁸⁸¹ Rother, Haftungsbeschränkungen im Schadensrecht, S. 185; Tatzel, die diligentia quam in suis im ehelichen Verhältnis, S. 56.

⁸⁸² MüKo/Grundmann § 277 Rn. 3.

⁸⁸³ Tatzel, die diligentia quam in suis im ehelichen Verhältnis, S. 56.

ve einfache Fahrlässigkeit vorliegt.⁸⁸⁴ Im Anschluss daran ist durch Vergleich mit dem sonstigen Verhalten des Schuldners zu ermitteln, ob dies für seine eigenen Verhältnisse möglicherweise kein fahrlässiges Verhalten darstellt. Dann greift die Haftungsmilderung des § 277. Mithin ist die eigenübliche Sorgfalt dann beachtet, wenn der Schuldner ein Verhalten an den Tag legt, welches er in einer vergleichbaren Situation auch so ausüben würde. Maßstab sind die persönlichen Gepflogenheiten des Betreffenden.⁸⁸⁵ Somit stellt die *diligentia quam in suis* durch die Berücksichtigung subjektiver Komponenten eine Ausnahme zum allgemeinen objektiven Grundsatz des § 276 I dar.⁸⁸⁶ Der Vertrauensschutz, welcher Hauptgrund für die Objektivierung im Rahmen des § 276 I ist⁸⁸⁷, ist ausgeschaltet.⁸⁸⁸

In der Tat ist die *diligentia quam in suis* als empirisch-subjektiver Fahrlässigkeitsmaßstab zu sehen,⁸⁸⁹ bei dem es zur Beurteilung des Verhaltens auf die Gepflogenheiten des Schuldners ankommt.⁸⁹⁰

Die Haftungserleichterung der *diligentia quam in suis* findet sich heute in den §§ 346 III Nr. 3, 347 I 2, 357 I III, 690, 708, 1359, 1664, 2131 BGB und dem § 4 LPartG, sowie in abgewandelter Form im § 347 HGB (Sorge des üblichen Kaufmannes). Die Gründe für Verwendung der Haftungserleichterung sind unterschiedlich⁸⁹¹ und sollen nun beleuchtet werden.

1. Einzelne Anwendungsfälle

a. §§ 346 III 1 Nr. 3, 347 I 2, 357 I 1, III 4

In den §§ 346 III 1 Nr. 3, 347 I 2, 357 I 1, III 4 wird seit der Schuldrechtsreform 2002 auf die eigenübliche Sorgfalt Bezug genommen. Im Falle des gesetzlichen Rücktritts – oder Widerrufsrechts haftet der Rücktrittsberechtigte für den Bestand der Sache bzw. deren Nutzungen nur, falls er die eigenübliche Sorgfalt nicht beachtet hat, grob fahrlässig oder vorsätzlich gehandelt hat.

Begründet wurde die Regelung damit, dass grundsätzlich nach dem Gefahrübergang der Käufer die Gefahr tragen solle, wobei jedoch Einschränkungen nötig seien.⁸⁹² Insofern sei es sachgerecht, die Gefahr auf den Verkäufer zurückspringen zu lassen, welcher beim Vorliegen eines gesetzlichen Rücktrittsrechts mangelhaft geliefert und so seine

⁸⁸⁴ Tatzel, die *diligentia quam in suis* im ehelichen Verhältnis, S. 52.

⁸⁸⁵ Heller, der Haftungsmaßstab der „*diligentia quam in suis*“, S. 11.

⁸⁸⁶ Heller, der Haftungsmaßstab der „*diligentia quam in suis*“, S. 14.

⁸⁸⁷ S.o.: S. 9.

⁸⁸⁸ Deutsch, Haftungsrecht, S. 277, Rn. 430.

⁸⁸⁹ Staudinger/Löwisch/Caspers § 277 Rn. 1; MüKo/Grundmann § 277 Rn. 3.

⁸⁹⁰ Heller, der Haftungsmaßstab der „*diligentia quam in suis*“, S. 11.

⁸⁹¹ Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, § 20 Rn 19; Staudinger/Löwisch/Caspers § 277 Rn. 2.

⁸⁹² Abschlussbericht zur Überarbeitung des Schuldrechts, S. 187.

Pflichten nicht vollständig erfüllt habe.⁸⁹³ Aus diesem Grund dürfe er auch nicht auf den endgültigen Gefahrübergang vertrauen.⁸⁹⁴

[1]. Berechtigung der Norm?

Diese Erwägung wird aber als wenig überzeugend empfunden; dies rechtfertige höchstens dem Rückgewährgläubiger das Risiko des zufälligen Unterganges aufzubürden.⁸⁹⁵ Dass der Rückgewährschuldner deswegen nicht nur das Zufallsrisiko zu tragen habe, sondern darüber hinaus bis hin zur groben Fahrlässigkeit entlastet werde, sei nicht einzusehen.⁸⁹⁶

Als maßgeblicher Grund für diese Haftungsprivilegierung wird daher nach wie vor die fehlende Kenntnis des Rücktrittsgrundes durch den Rückgewährschuldner gesehen.⁸⁹⁷ Die Regelung orientiere sich an der früher herrschenden Meinung der Literatur zu dem Rücktrittsrecht aus § 351 a.F. BGB.⁸⁹⁸ Nach dieser Ansicht sollte der zum gesetzlichen Rücktritt berechtigte erst ab Kenntnis des Rücktrittsgrundes nach der allgemeinen Vorschrift des § 276 I haften müssen.⁸⁹⁹ Wenn diese Kenntnis fehle, könne der Rückgewährschuldner darauf vertrauen, dass der empfangene Gegenstand Teil seines Vermögens geworden ist und er daher auch wie mit den anderen Gegenständen seines Vermögens verfahren könne.⁹⁰⁰ Grund für die Regelung sei mithin nicht die mangelnde Schutzwürdigkeit des Rückgewährgläubigers, sondern das berechtigte Vertrauen des Rückgewährschuldners.⁹⁰¹ Wer auf seine Rechtsinhaberschaft vertraue, muss nicht sorgfältiger sein, als er es als tatsächlicher Rechtsinhaber sein müsse.⁹⁰² Es handele sich letztlich um die Verletzung der eigenüblichen Sorgfalt hinsichtlich eigener Interessen.⁹⁰³

Eine Rechtfertigung wird auch darin gesehen, dass diese Regel vor allem einen Ansporn zur mangelfreien Leistung darstelle.⁹⁰⁴ Der Rückgewährgläubiger habe andernfalls geradezu den Anreiz, mangelhaft zu liefern, wenn nicht die Gefahr des Zufallsrisikos und der Behandlung der Sache mit der möglicherweise nachlässigen eigenüblichen Sorgfalt des Rückgewährschuldners gegeben sei.⁹⁰⁵

⁸⁹³ Abschlussbericht zur Überarbeitung des Schuldrechts, S. 188; BT Drucksache 14/6040, S. 196.

⁸⁹⁴ Abschlussbericht zur Überarbeitung des Schuldrechts, S. 188; BT Drucksache 14/6040, S. 196.

⁸⁹⁵ Staudinger/Kaiser § 346 Rn. 182.

⁸⁹⁶ Soergel/Lobinger § 346 Rn. 127.

⁸⁹⁷ Staudinger/Kaiser § 346 Rn. 182.

⁸⁹⁸ Staudinger/Kaiser § 346 Rn. 122; Hager, in: Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 429 (439).

⁸⁹⁹ Staudinger/Kaiser § 346 Rn. 180.

⁹⁰⁰ MüKo/Gaier § 346 Rn. 54; Konzen, FS Canaris, S. 605 (622).

⁹⁰¹ Fest, Einfluss rücktrittsrechtlicher Wertungen, S. 45.

⁹⁰² Konzen, FS Canaris, S. 605 (624).

⁹⁰³ Gaier, WM 2001, 1 (11).

⁹⁰⁴ Erman/Röthel § 346 Rn. 19.

⁹⁰⁵ Erman/Röthel § 346 Rn. 19.

Kritisiert wird jedoch, dass nur auf die Stellung des Rücktrittsschuldners abgestellt werde, der denkt er könne die Sache behalten. Hierbei werde übersehen, dass er im Rahmen der Rückabwicklung seine erbrachte Gegenleistung wieder bekommt; es werde mit hin der Rücktritts berechtigte einseitig begünstigt.⁹⁰⁶ Ebenfalls wird eingewandt, dass wenn man das Vertrauen des Rückgewährschuldners als Anknüpfungspunkt sehe, nicht erkennbar sei, warum dann überhaupt eine Haftung nach Verschuldensmaßstäben gegeben sei.⁹⁰⁷ Wenn man den Vertrauensgrundsatz ernst nehme, so könne der Rückgewährschuldner nach Belieben mit der Sache verfahren, also diese auch vorsätzlich zerstören.⁹⁰⁸ Zudem sei die Unmöglichkeit der Rückgabe keine Frage des Vertretenmüssens, sondern es komme auf die Pflichten des Rückgewährschuldners an.⁹⁰⁹ Eine Verursachung des Rücktritts oder die Kenntnis des Rücktrittsgrundes lägen als Kriterien näher.⁹¹⁰ Es passe das Abstellen auf ein Verschulden in dem Zusammenhang mit dem grundsätzlich verschuldensunabhängigen Wertersatzanspruch nicht.⁹¹¹ Beim Rücktritt komme es – im Gegensatz zum Schadensersatz – gerade nicht auf das Vertretenmüssen an.⁹¹² Anstelle dem Rückgewährschuldner das Risiko des Untergangs in seiner eigenen Sphäre aufzuerlegen wird er von der Haftung für Fahrlässigkeit noch befreit.⁹¹³ Dies sei unbillig, zumal es nicht zwingend so sei, dass der Rückgewährgläubiger für den Rücktrittsgrund verantwortlich ist.⁹¹⁴ Selbst wenn der Schaden an der Sache nicht kausal für deren Untergang war, könne der Käufer den Schaden auf den Verkäufer abwälzen;⁹¹⁵ der Käufer dürfe sich mithin „seine eigenübliche Sorgfalt auf fremde Kosten leisten“.⁹¹⁶ Dem Verkäufer werde ein Risiko aufgebürdet, welches außerhalb seiner Sphäre läge und daher von ihm nicht beeinflussbar sei.⁹¹⁷ Es könne nicht argumentiert werden, dass durch die Mangelhaftigkeit der Sache die Grundursache aus der Sphäre des Verkäufers stamme, weil auch ein Schaden, welcher nicht auf die Mangelhaftigkeit zurückzuführen ist, von § 346 III 1 Nr. 3 erfasst ist.⁹¹⁸ Der mutmaßliche Parteiwille im allgemeinen Geschäftsverkehr gehe eher dahin, eine Objektivierung der Sorgfaldsmaßstäbe anzuwenden.⁹¹⁹ Die eigenübliche Sorgfalt, welche vor allem in Verhältnissen enger Bindung angewandt sei, passe daher

⁹⁰⁶ Honsell, FS Schwerdtner, S. 575 (582).

⁹⁰⁷ Kaiser, JZ 2001, 1057 (1063).

⁹⁰⁸ Soergel/Lobinger § 346 Rn. 127.

⁹⁰⁹ Kaiser, JZ 2001, 1057 (1063).

⁹¹⁰ Hager, in: Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 429 (440).

⁹¹¹ Soergel/Lobinger § 346 Rn. 127.

⁹¹² Kaiser, JZ 2001, 1057 (1064).

⁹¹³ Honsell, JZ 2001, 278 (281).

⁹¹⁴ Kaiser, JZ 2001, 1057 (1065).

⁹¹⁵ Leenen, FS Schirmer, S. 369 (380).

⁹¹⁶ Leenen, FS Schirmer, S. 369 (380).

⁹¹⁷ Leenen, FS Schirmer, S. 369 (381).

⁹¹⁸ Leenen, FS Schirmer, S. 369 (381), Fn. 56.

⁹¹⁹ Kohler, JZ 2001, 325 (334).

nicht.⁹²⁰ Daher werden die §§ 346, 347 als „bereits im Ansatz verfehlt, durch Einzelkorrekturen nicht mehr reparable Normen“⁹²¹ bezeichnet.

Ebenso ist eine Privilegierung für die eigenübliche Sorgfalt im Falle des Widerrufs nur dann gegeben, wenn keine Belehrung über das Widerrufsrecht stattgefunden hat; auch dort hat der Verbraucher keine Kenntnis der schwebenden Unwirksamkeit des Vertrages.⁹²² Dies wird aus verbraucherschutzrechtlicher Sicht aber nicht beanstandet.⁹²³

[2]. Anmerkung

Obwohl die *diligentia quam in suis* sehr umstritten und kritisiert ist, wurde dieser Maßstab für den § 346 III 1 Nr. 3 gewählt. Grundsätzlich sah der Gesetzgeber das Problem in der Frage der Gefahrtragung.⁹²⁴ Die Frage, die sich gestellt wurde, war ob „die Gefahr zum anderen Teil, in der Regel zu dem Verkäufer oder Unternehmer, zurückspringen“⁹²⁵ soll. Mit der Einführung der eigenüblichen Sorgfalt sollte der Rückgewährschuldner begünstigt werden.

Es fällt auf, dass in der Gesetzesbegründung davon ausgegangen wird, dass es sich beim Rückgewährschuldner meist um einen Verbraucher handelt. Dies kann, muss aber nicht der Fall sein; der Verbraucherschutz ist durchaus eine wichtige gesetzgeberische Wertung. Jedoch wird diese Vorschrift dem nicht gerecht, weil sie nicht auf eine Verbrauchereigenschaft des Rückgewährschuldners abstellt. Die Erwägung des Verbraucherschutzes, sind – soweit sie in Betracht gezogen wurden – nicht umgesetzt worden. Da sich im Gesetzestext kein Anhaltspunkt dafür findet, dass der Verbraucherschutz bezweckt ist, stellt sich die Frage, ob diese Begünstigung des Rückgewährschuldners eine einseitige und unsachgemäße ist. Allerdings ist es richtig, dass der Rückgewährschuldner grundsätzlich zunächst davon ausgehen kann, dass die Sache Bestandteil seines Vermögens geworden ist und er mit ihr nach Belieben verfahren kann. Seine Schutzbedürftigkeit ist sogar noch größer als die des Vorerben, der ja weiß, dass er die Sache weitergeben muss, oder als die des unentgeltlichen Verwahrers, der weiß, dass die Sache ihm nicht gehört. Interessen des Rückgewährgläubigers werden so jedoch nicht berücksichtigt. Dies ist jedenfalls dann verständlich, wenn der Rücktrittsgrund in dem Verhalten oder der Schlechtlieferung des Gegenstandes durch den Rückgewährschuldner liegt, was meist der Fall sein wird.

Aus diesen Überlegungen zum Zweck und zur Berechtigung der Vorschrift erklärt sich auch der Streit, der um die Anwendung des § 346 III 1 Nr. 3 kreist: umstritten ist nämlich, ob die Vorschrift nur solange gilt, wie der Rücktrittsberechtigte keine Kenntnis von seinem Rücktrittsrecht hat, bzw. ob ab dieser Kenntnis der allgemeinen Sorgfaltsmaß-

⁹²⁰ Kohler, JZ 2001, 325 (334).

⁹²¹ Soergel/Lobinger § 347 Rn. 19.

⁹²² MüKo/Masuch § 357 Rn. 44.

⁹²³ Soergel/Lobinger § 346 Rn. 126.

⁹²⁴ BT Drucksache 14/6040, S. 190.

⁹²⁵ BT Drucksache 14/6040, S. 190.

stab angewendet werden muss. Eine Entscheidung über die Anwendung oder Modifizierung der Norm kann jedoch erst getroffen werden, wenn deren Sinn und Zweck herausgearbeitet ist.

Zunächst sollen daher Sinn und Zweck der Vorschrift ermittelt werden, um danach ihre Anwendungsfälle zu erörtern.

aa. Sinn und Zweck

[1]. Wortlaut

„(3) Die Pflicht zum Wertersatz entfällt [...]

3. wenn im Falle eines gesetzlichen Rücktrittsrechts die Verschlechterung oder der Untergang beim Berechtigten eingetreten ist, obwohl dieser diejenige Sorgfalt beobachtet hat, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.“

Aus dem vorangehenden Abs. II Nr. 3 wird deutlich, dass es eine grundsätzliche Wertersatzpflicht bei Verschlechterung oder Untergang gibt. Der Wertersatz tritt im Rücktrittsrecht in diesen Fällen an die Stelle der Herausgabe der Sache. Ein Wertersatz bezieht sich auf einen sächlichen Leistungsgegenstand, dessen Wert nicht mehr vorhanden ist und daher durch monetäre Mittel substituiert werden muss. Derjenige, der die Wertersatzpflicht hat, muss das Risiko eines Unterganges oder einer Verschlechterung also finanziell tragen. Die Zuweisung der Wertersatzpflicht ist daher eine Risikoverteilung. Dieses Risiko wird grundsätzlich von demjenigen getragen, der die Sache nach Gefahrübergang in seiner Sphäre hat. Hiervon ist § 346 III eine Ausnahme, indem das Risiko teilweise auf den anderen Teil übertragen wird, indem die Wertersatzpflicht entfällt.

§ 346 III Nr. 3 erwähnt nur das gesetzliche Rücktrittsrecht. Nicht anwendbar ist diese Regelung mithin beim vertraglichen Rücktrittsrecht. Fraglich ist daher, was genau den Unterschied zwischen dem vertraglichen und dem gesetzlichen Rücktrittsrecht ausmacht. In den häufigsten praktischen Anwendungsfällen ist das gesetzliche Rücktrittsrecht aufgrund eines Mangels gegeben. Dieser Mangel ist vom Rücktrittsgegner verursacht, so dass dem Rücktrittsberechtigten dieses Rücktrittsrecht zugestanden wird. Allerdings kann es auch gem. § 313 III wegen einer Störung der Geschäftsgrundlage gegeben sein. Dort kann der Rücktrittsberechtigte aufgrund eines Nachteils den Rücktritt erklären, obwohl der Gegner nicht für die Entstehung des Rückgewährschuldverhältnisses verantwortlich ist. Motiv beim gesetzlichen Rücktrittsrecht ist mithin, dass zwar eine für den Rücktrittsberechtigten nachteilige Situation besteht, die zum Rücktritt berechtigt, diese Situation aber nicht notwendigerweise auf einem Verhalten oder Fehler des Rücktrittsgegners beruhen muss. Beim vertraglichen Rücktrittsrecht hingegen kann dieses auf einem von den Parteien festgelegten Grund basieren. Ein Rücktrittsrecht könnte daher etwa auf dem willkürlichen Willenswandel des Berechtigten beruhen. Unterschied zum gesetzlichen Rücktrittsrecht ist daher, dass dieses nur in den gesetzlich festgelegten Fällen, also bei Bestehen eines Nachteils, eingreifen kann. Rücktrittsgrund ist immer ein objektiv nachvollziehbarer Fehler oder eine objektiv nachvollziehbare Benachteiligung.

Die Formulierung „gesetzliches Rücktrittsrecht“ impliziert folglich keineswegs, dass der Rückgewährläubiger für die Situation, die das Rücktrittsrecht herbeigeführt hat, verantwortlich sein muss. In den meisten Anwendungsfällen, wie etwa bei einem Mangel, ist dies indes der Fall.

Dem Wortlaut lässt sich entnehmen, dass es sich um eine Ausnahme zum grundsätzlichen Wertersatzanspruch handelt, welcher sich auf den Wert des Leistungsgegenstandes selbst bezieht. Somit wird eine zunächst vom Gesetzgeber vorgenommene Risikoverteilung teilweise wieder umgekehrt. Voraussetzung hierfür ist, dass dem Vertragsgegenstand ein Mangel anhaftet oder die Vertragssituation für eine der Parteien nachteilig ist. Nach der Formulierung muss allerdings der Rücktrittsgegner nicht für diesen Mangel verantwortlich sein.

[2]. *Historie/Genetik*

Bei dem heute nicht mehr geltenden § 1 d II AbZG wurde die eigenübliche Sorgfalt erstmals in ähnlichem Zusammenhang verwendet. Die Entscheidung des Widerrufs sollte frei und unbeeinflusst von Nachteilen sein.⁹²⁶ Es zeigt sich, dass ein wesentlicher Gesichtspunkt ist, dass ein Nachteil für den Berechtigten ausgeschlossen werden soll. Der Unterschied zum gesetzlichen Rücktrittsrecht ist, dass ein Nachteil in der Form eines Mangels oder in der Art des § 313 III nicht bestehen muss. Vielmehr sollte bereits die Entstehung eines Nachteils verhindert werden; während beim gesetzlichen Rücktritt ein Nachteil stets gegeben sein muss – sonst entsteht kein Rücktrittsrecht. Dieser beim Rücktrittsrecht bestehende Nachteil wird aber dadurch wieder ausgeglichen, dass ein Rücktritt stattfindet. Daher soll das Entstehen eines weiteren Nachteils verhindert werden, welcher dann einträte, wenn Wertersatz zu leisten wäre. Es lässt sich feststellen: ein Nachteil für den Rücktrittsberechtigten soll – unter bestimmten Umständen – verhindert werden. Die so ausgestaltete Gefahrtragung wird in den Gesetzesmaterialien als „Grundsatzfrage“ im Rücktrittsrecht gesehen.⁹²⁷

Daher wird in den Gesetzesmaterialien klargestellt, dass das Ziel des Rücktrittsrechtes die Wiederherstellung der ursprünglichen Rechtslage ist.⁹²⁸ Dieses Ziel kann aber im Fall der Verschlechterung oder des Unterganges nicht erreicht werden;⁹²⁹ daher müsse der Gesetzgeber entscheiden, wer in diesem Fall den Schaden trage.⁹³⁰ Da nach der grundsätzlichen Konzipierung nach Vertragsabwicklung die Gefahr bereits auf den Rückgewährschuldner übergegangen sei, müsse man sich fragen, ob ein „Zurückspringen“ der Gefahr angebracht sei.⁹³¹ Dies wird in den Gesetzesmaterialien deutlich bejaht.⁹³² Hier wird überraschenderweise nicht auf die Belastung des Rückgewährschuldners mit ei-

⁹²⁶ BT Drucksache 7/1398, S. 5.

⁹²⁷ BT Drucksache 14/6040, S. 190.

⁹²⁸ BT Drucksache 14/6040, S. 189.

⁹²⁹ BT Drucksache 14/6040, S. 190.

⁹³⁰ BT Drucksache 14/6040, S. 190.

⁹³¹ BT Drucksache 14/6040, S. 190.

⁹³² BT Drucksache 14/6040, S. 196.

nem Nachteil abgestellt, sondern auf das Verschulden des Rückgewährgläubigers dieses Nachteils.⁹³³ Diese Gesetzesbegründung weist deutlich ein ökonomisches Element auf; derjenige, der schlecht geleistet hat, soll im Falle des Schadenseintrittes wirtschaftlich belastet werden. Durch die Auferlegung eines Kostenrisikos besteht ein Anreiz, vertragsgemäß zu leisten. Wenn diese Wirkung nicht beabsichtigt gewesen wäre, so hätte sich die Gesetzesbegründung auf den Nachteil des Rückgewährschuldners als Grund für den Sorgfaltsmaßstab beziehen müssen. Dennoch ist das Abstellen auf das Verschulden des Rückgewährgläubigers deshalb misslich, weil hierdurch nur Fälle bedacht sind, in denen der Rückgewährgläubiger für den Grund des Rücktritts verantwortlich ist. Dies ist den meisten Konstellationen des gesetzlichen Rücktrittsrechtes der Fall. So beispielsweise beim Rücktritt wegen eines Mangels der Kaufsache. Es fällt auf, dass der Gesetzgeber bei Schaffung der Regelung überwiegend an die kaufrechtliche Konstellation gedacht hat. Diese wird durchgängig als Beispiel verwendet.⁹³⁴ Problematisch ist daher, dass zwei Fälle von der Gesetzesbegründung nicht umfasst sind: einmal der zufällige Untergang der Sache und zum anderen der Untergang bei einem gesetzlichen Rücktrittsrecht aufgrund § 313 III.

In der Literatur ist die Norm umstritten.⁹³⁵ Als Grund für die Haftungserleichterung wird wie bei der früheren Handhabung dieser Konstellation die fehlende Kenntnis und dem daraus resultierenden Vertrauen des Rücktrittsgrundes gesehen.⁹³⁶ Kritisiert wird auch, dass einseitig auf die Interessen des Rücktrittsschuldners abgestellt werde⁹³⁷ bzw. von einer Verursachung der Situation durch den Rücktrittsgegner ausgegangen wurde.⁹³⁸

Aus den Gesetzesmaterialien lässt sich erkennen, dass der Gesetzgeber hauptsächlich an Situationen gedacht hat, in denen der Rücktrittsberechtigte schützenswert ist, der Rücktrittsgegner hingegen die Ursache für die Rücktrittssituation gesetzt hat. Diese Erwägungen treffen jedoch nicht auf alle denkbaren Fallgestaltungen zu, weshalb die Vorschrift von der Literatur stark kritisiert wird.

[3]. Systematik

Die Systematik des Rücktrittsrechts stellt sich wie folgt dar: grundsätzlich soll die ursprüngliche Rechtslage wieder hergestellt werden (§ 346 I). Dies ist aber bei Untergang, Verschlechterung oder Veränderung der Sache (§ 346 II) nicht möglich. Hier muss Ersatz geleistet werden. Dieser beinhaltet kein pönales Element, da bei der Berechnung die Gegenleistung mit einbezogen wird. In § 346 III wird von dem Wertersatz abgewichen:

⁹³³ BT Drucksache 14/6040, S. 196.

⁹³⁴ Siehe etwa: BT Drucksache 14/6040, S. 191, 192, 194.

⁹³⁵ S.o.: S. 160.

⁹³⁶ Staudinger/Kaiser § 346 Rn. 122; MüKo/Gaier § 346 Rn. 54; Hager, in: Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 429 (439); Konzen, FS Canaris, S. 605 (622); Fest, Einfluss rücktrittsrechtlicher Wertungen, S. 45.

⁹³⁷ Honsell, FS Schwerdtner, S. 575 (582); Kaiser, JZ 2001, 1057 (1065).

⁹³⁸ Leenen, FS Schirmer, S. 369 (381).

dort werden in den Ziffern 2 und 3 Ausnahmen bestimmt, nach denen trotz Untergang oder Verschlechterung kein Wertersatz zu leisten ist.

In III Nr. 2 trägt ausnahmsweise der Rückgewährgläubiger das Risiko dann, wenn er an der Verschlechterung oder dem Untergang Schuld trägt. Für den zufälligen Untergang wird nur insoweit eine Aussage getroffen, als dass dieser Zufall auch beim Rückgewährgläubiger hätte eintreten müssen. Indes sind überdies andere Konstellationen denkbar, in denen ein Zufall die Sache zerstört, dieser aber so nur in der Sphäre des Rückgewährschuldners entstehen konnte. Da diese Art von Zufall jedoch nicht ausdrücklich aufgelistet ist, muss nach dem Grundsatz des Abs. II immer noch der Rückgewährschuldner das Zufallsrisiko tragen.⁹³⁹ Hingegen in III Nr. 3 wird der Rückgewährschuldner sogar innerhalb der Grenze der eigenüblichen Sorgfalt entlastet; also möglicherweise bis zur groben Fahrlässigkeit. So muss er nach Nr. 2 unter Umständen ein Zufallsrisiko tragen, nach Nr. 3 ist er jedoch nicht einmal für leichte Fahrlässigkeit verantwortlich, wenn sie im Einklang mit seiner eigenüblichen Sorgfalt steht. Ein einheitlicher Gedanke hinsichtlich des Rückgewährschuldners mithin kann nicht gefunden werden. Dass es sich um ein balanciertes Regel-Ausnahme-Verhältnis⁹⁴⁰ handelt, kann man daher zu bezweifeln wagen; es sind vielmehr einzelfallbezogene Regelungen gegeben. Daher ist davon auszugehen, dass ein Ausnahmekatalog geschaffen werden sollte, der nach Gesichtspunkten der Billigkeit die Gefahr verteilt, indem die verschiedenen Interessenslagen durch den Gesetzgeber abgewogen und bewertet wurden.

Diese Bewertung stellt ausweislich der Gesetzesmaterialien hauptsächlich auf die fehlende Schutzwürdigkeit des Rückgewährgläubigers ab. Erwägung des Gesetzgebers war nämlich, dass der Rückgewährgläubiger gem. § 346 III 1 Nr. 3 aufgrund seiner mangelhaften Leistung nicht auf den endgültigen Gefahrübergang vertrauen könne.⁹⁴¹ Mit anderen Worten: der Rückgewährgläubiger ist nicht schützenswert. Da diese „Schuld“ an der Mangelhaftigkeit ebenso in § 346 II vorliegt, kann dies die einzige tragende Erwägung für die Ausnahme gem. § 346 III 1 Nr. 3 also nicht sein. Als weitere Komponente kommt die Seite des Rückgewährschuldners in Betracht. Nach Nr. 3 kann er bis zur leichten Fahrlässigkeit im Rahmen seiner eigenüblichen Sorgfalt entlastet sein. Er hat die Sache bekommen und geht davon aus, sie behalten zu dürfen. Mit anderen Worten der Rückgewährschuldner ist schützenswert. Dies manifestiert sich auch durch die Wahl des subjektiven Sorgfaltsmaßstabes, zugunsten des Rückgewährschuldners. Dem § 346 III 1 Nr. 3 liegt also der gesetzgeberische Gedanke zugrunde, dass der Rückgewährgläubiger nicht schützenswert sei, gleichzeitig der Rückgewährschuldner hingegen schützenswert sei.

Der Einzelfallcharakter der Regelung wird durch das übrige BGB bestätigt: dort wird Wertersatz bei Unmöglichkeit der Herausgabe dann gewährt, wenn den Herausga-

⁹³⁹ So auch die h.M. zu § 346 III Nr. 2: MüKo/Gaier § 346 Rn. 51; Bamberger/Roth/Grothe § 346 Rn. 51; Staudinger/Kaiser § 346 Rn. 170 (für sie ist Vertretenmüssen nicht im Sinn des § 276 zu verstehen, sondern im Sinne einer Ursächlichkeit). a.A. wohl Soergel/Lobinger § 346 Rn. 123.

⁹⁴⁰ Schneider, ZGS 2007, 57 (59).

⁹⁴¹ So: Abschlussbericht zur Überarbeitung des Schuldrechts, S. 188; BT Drucksache 14/6040, S. 196.

beschuldner eine Schuld hieran trifft.⁹⁴² Hier kommt es einseitig auf den Herausgabeschuldner und dessen Verhalten an. Zudem wird dieses nach einem objektiven Verschuldensmaßstab beurteilt. Ein Verhalten des Herausgabegläubigers ist nicht relevant. Im Vergleich hierzu ist beim Rücktritt für den Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesmaterialien auch das Verhalten des Rückgewährgläubigers relevant. In der Wertersatzkonstellation beim Rücktritt ist eine Vorwerfbarkeit auf beiden Seiten gegeben: der Rückgewährgläubiger trägt die Verantwortung, dass es überhaupt zur Rückabwicklung kam und der Rückgewährschuldner ist schuld, dass die Sache untergegangen oder verschlechtert ist. Hierfür muss er aber nur wegen eines Verschuldens einstehen, das unter „normalen“ Umständen für ihn keine Verpflichtungen mit sich gebracht hätte, da er mit der Sache in seinem Herrschaftsbereich grundsätzlich nach seinen Gepflogenheiten verfahren darf. Daher hat die Verwendung eines subjektiven Sorgfaltsmaßstabes dem Rückgewährschuldner gegenüber starken Schutzcharakter.

Es liegt nach gesetzgeberischer Wertung eine Kombination von Verantwortlichkeit des Rückgewährgläubigers einerseits und andererseits Schutzwürdigkeit des Rückgewährschuldners vor. In den vom Gesetzgeber bedachten Fällen hat nämlich der Rückgewährgläubiger durch mangelhafte Leistung die Ursache für die Rückabwicklung gesetzt. Der Rückgewährschuldner andererseits hat das Rückgewährschuldverhältnis nicht verursacht und erscheint daher schützenswert.

[4]. Zusammenfassung

Dem Wortlaut nach handelt es sich um eine Ausnahme zum grundsätzlichen Wertersatzanspruch beim gesetzlichen Rücktrittsrecht. Dieses setzt zwar einen Nachteil beim Rückgewährschuldner voraus, jedoch nicht eine Verursachung oder ein Verschulden des Rückgewährgläubigers. Nach der historischen Auslegung wird jedoch klar, dass der Gesetzgeber vor allem an kaufrechtliche Situationen gedacht hat, in denen der Rückgewährgläubiger für den Mangel verantwortlich ist. Diese Erwägung jedoch umfasst nicht alle Fallgestaltungen treffend, so dass die Vorschrift in der Literatur kritisiert und der Anwendungsbereich modifiziert wird. Die systematische Auslegung schließlich zeigt, dass es sich letztlich um eine Ausnahmeregelung handelt, deren mögliche Anwendungsfälle durch den Gesetzgeber nicht alle durchdacht wurden. Vielmehr ist die Regel auf den Fall zugeschnitten, dass der Rückgewährgläubiger für das Rückgewährschuldverhältnis verantwortlich ist, der Rückgewährschuldner hingegen schützenswert.

bb. Ergebnis

Sinn und Zweck der Vorschrift ist der Ausgleich zwischen den Interessen der Beteiligten, wobei in der Konstellation der Rückabwicklung eines Vertrages der Rückgewährschuldner als besonders schützenswert, der Rückgewährgläubiger aufgrund der Verursachung der Notwendigkeit der Rückabwicklung als nicht schützenswert eingestuft wird.

⁹⁴² Vgl. §§ 818 II, IV, 819 I, 292, 989, 990.

cc. Kenntnis

Anhand dieses Zweckes soll nun entschieden werden, ob eine andere Behandlung ab Kenntnis notwendig ist, um diesem Sinn Rechnung zu tragen.

[1]. Korrektur ab Kenntnis

Ein großer Teil der Literatur⁹⁴³, will den § 346 III 1 Nr. 3 ab Kenntnis des Rücktrittsberechtigten von seinem Rücktrittsrecht entweder teleologisch reduzieren oder nicht mehr anwenden.

Argumentiert wird, dass der Rücktrittsberechtigte ab Kenntnis von dem Rücktrittsrecht in seinem Vertrauen nicht mehr schützenswert sei.⁹⁴⁴ Schließlich sei die Nr. 3 nur auf gesetzlich zum Rücktritt Berechtigte anzuwenden; diese unterschieden sich dadurch von dem vertraglich zum Rücktrittberechtigten, dass letzterer sich seines Rücktrittsrechtes bewusst sei, während der gesetzlich zum Rücktritt Berechtigte dieses nicht kenne.⁹⁴⁵ Ab Kenntnis unterscheide sich die Lage beider Rücktrittsberechtigten aber nicht mehr, da der gesetzlich zum Rücktritt Berechtigte in seinem Vertrauen nicht mehr schutzwürdiger sei als der vertraglich zum Rücktritt Berechtigte.⁹⁴⁶ Mit Kenntnis müsse auch der gesetzlich zum Rücktritt Berechtigte – wie der vertraglich zum Rücktritt Berechtigte – mit der Rückabwicklung des Vertrages rechnen und daher den Leistungsgegenstand sorgfältig behandeln.⁹⁴⁷

Die Kenntnis bilde eine Zäsur, ab der der Vertragspartner dem andern zu stärkerer Rücksichtnahme verpflichtet sei;⁹⁴⁸ er wisse, dass er durch den Rücktritt seine Inhaberschaft des Rechts an der Sache wieder auf den andern übertragen müsse.⁹⁴⁹ Der Rücktrittsberechtigte sei zwar Eigentümer der Sache, jedoch könne er nicht im Sinne des § 903 uneingeschränkt mit ihr verfahren: die §§ 346 II und III drohten eine Haftung für Handlungen an, die der Eigentümer eigentlich machen dürfe.⁹⁵⁰ Hier zeige sich, dass die Stellung des Eigentümers im Verhältnis zum Rücktrittsgegner relativiert sei.⁹⁵¹ Die Situation ähnele einer klassischen Lage nach § 989, wo die Rechtshängigkeit relevant ist.⁹⁵² Ähnlich auch § 819 I.⁹⁵³ Die Kenntnis des Rücktrittsgrundes entspreche funktional dem Wissen

⁹⁴³ Arnold, JURA 2002, S. 154 ff; Canaris, Schuldrechtsreform 2002, S. XLV ff; Dauner-Lieb/Hager § 5 Rn. 34; Kaiser, JZ 2001, 1057 ff; Kohler, AcP 206 (2006), 681 ff; Kohler, JZ 2002, 1127 ff; Konzen, FS Canaris, S. 605 ff; Musielak, Grundkurs, § 4 Rn. 243; Perkams, JURA 2003, S. 150 ff; Rheinländer, ZGS 2004, S. 178 ff; Schulze, JuS 2004, S. 366 ff; Schwab, JuS 2002, S. 630 ff; Roth, FS Canaris, S. 1131 ff; Thier, FS Heldrich, S. 439 (446).

⁹⁴⁴ Konzen, FS Canaris, S. 605 (626); Roth, FS Canaris, S. 1131 (1140).

⁹⁴⁵ Rheinländer, ZGS 2004, 178 (179).

⁹⁴⁶ Arnold, JURA 2002, 154 (158); Kohler, JZ 2002, 1127 (1130); Musielak, Grundkurs, § 4 Rn. 243.

⁹⁴⁷ Schulze, JuS 2004, 366 (370); Thier, FS Heldrich, S. 439 (446).

⁹⁴⁸ Kaiser, JZ 2001, 1057 (1064).

⁹⁴⁹ Kaiser, JZ 2001, 1057 (1064).

⁹⁵⁰ Kohler, AcP 206 (2006), 681 (709).

⁹⁵¹ Kohler, AcP 206 (2006), 681 (710).

⁹⁵² Kohler, AcP 206 (2006), 681 (712).

⁹⁵³ Kohler, AcP 206 (2006), 681 (713).

um die Rechtsgrundlosigkeit des Leistungsaustausches.⁹⁵⁴ Die Wertung des § 819 I könne daher herangezogen werden.⁹⁵⁵ Nach Kenntnis sei daher eine andere Haftung aufgrund eines anderen Verhaltensprogrammes angemessen. Für eine solche Lesart spreche überdies der Blick in § 346 III 1 Nr. 1;⁹⁵⁶ wer den Fehler bemerke, sei nicht mehr privilegiert.⁹⁵⁷

Ebenso spreche die Entstehungsgeschichte der Norm für eine entsprechende Auslegung; in der früheren Fassung des Rücktrittsrecht habe § 347 a.F. auf die §§ 987 ff. verwiesen, wodurch eine Haftung nach Kenntnis wie ein bösgläubiger Besitzer eintrat, während derjenige ohne Kenntnis wie ein gutgläubiger Bereicherungsschuldner hafte (der ehemalige § 327 verwies auf § 819 I).⁹⁵⁸ Vor diesem Hintergrund sei der vorliegende Streit zu sehen;⁹⁵⁹ der Gesetzgeber habe im Einklang mit dieser Auffassung den § 346 III 1 Nr. 3 auf das gesetzliche Rücktrittsrecht beschränkt, weil er davon ausgegangen sei, dass der Berechtigte beim gesetzlichen Rücktrittsrecht dieses nicht kenne.⁹⁶⁰ Auch habe der Gesetzgeber laut Gesetzgebungsmaterialien anerkannt, dass sich eine schärfere Haftung als die für die eigenübliche Sorgfalt aus sonstigen Umständen ergeben könne.⁹⁶¹ Die Norm beruhe zudem auf der Regelung des § 1 d II AbzG.⁹⁶² Erwägung dieser Norm, welche gleichfalls auf die eigenübliche Sorgfalt abstellte, war, dass die Entscheidung des Widerrufs frei und unbeeinflusst von finanziellen Nachteilen sein sollte.⁹⁶³ Dies galt nach § 1 d II AbzG aber nur bis Kenntnis des Widerrufsrechts; nach Kenntnis ist die eigenübliche Sorgfalt nicht mehr maßgeblicher Maßstab. Der Widerrufsgegner habe durch seine Nichtaufklärung über das Widerrufsrecht ein Zurechnungsmoment gesetzt wie der Rücktrittsgegner, welcher für den Rücktrittsgrund verantwortlich sei.⁹⁶⁴

Daher sei die Lage ähnlich wie bei § 357 III 4, der einen verallgemeinerungsfähigen Rechtsgedanken enthalte;⁹⁶⁵ der Rücktrittsrechte der sein Rücktrittsrecht kenne, sei in ähnlicher Position wie der Widerrufsrechte, der von seinem Widerrufsrecht wisse.⁹⁶⁶ Die Interessenslage der Parteien sei gleich;⁹⁶⁷ für den Rücktritts – bzw. Widerrufsberechtigten mache es keinen Unterschied, ob er zurücktrete oder widerrufe.⁹⁶⁸ Zumindest für den Verbraucher mag das stimmen. Schließlich sei es nicht notwendig, den Rück-

⁹⁵⁴ Thier, FS Heldrich, S. 439 (447).

⁹⁵⁵ Thier, FS Heldrich, S. 439 (447).

⁹⁵⁶ Dauner-Lieb/Hager § 5 Rn. 34.

⁹⁵⁷ Dauner-Lieb/Hager § 5 Rn. 34.

⁹⁵⁸ Schwab, JuS 2002, 630 (635).

⁹⁵⁹ Perkams, JURA 2003, 150 (151); Schwab, JuS 2002, 630 (635).

⁹⁶⁰ Schwab, JuS 2002, 630 (635).

⁹⁶¹ Canaris, Schuldrechtsreform 2002, S. XLVII; Rheinländer, ZGS 2004, 178 (180); Arnold, JURA 2002, 154 (158).

⁹⁶² Canaris, Schuldrechtsreform 2002, S. XLII.

⁹⁶³ Canaris, Schuldrechtsreform 2002, S. XLIII.

⁹⁶⁴ Canaris, Schuldrechtsreform 2002, S. XLIII.

⁹⁶⁵ Kohler, AcP 206 (2006), 681 (703).

⁹⁶⁶ Thier, FS Heldrich, S. 439 (446).

⁹⁶⁷ Rheinländer, ZGS 2004, 178 (180).

⁹⁶⁸ Rheinländer, ZGS 2004, 178 (180).

trittsberechtigten „vollkasko“ zu versichern; dies sei nämlich die Wirkung, wenn man den Rücktrittsberechtigten trotz Kenntnis anders als den Widerrufsberechtigten behandle.⁹⁶⁹ Die eigentliche Erwägung des Gesetzgebers für diese Regelung sei zwar die vertragswidrige Nichtbelehrung des Unternehmers gewesen;⁹⁷⁰ schließlich sei grundsätzlich davon auszugehen, dass der Unternehmer seinen Belehrungspflichten nachkomme.⁹⁷¹ Dies sei jedoch nicht überzeugend; da die Anforderungen für die Sorgfalt an eine Partei nicht von der Pflichtverletzung einer anderen Partei abhängen können.⁹⁷² Vielmehr könne es nur auf die Kenntnis ankommen.⁹⁷³

Nachdem man sich einig ist, dass die Lage ab Kenntnis des Rücktrittsrechts eine andere Wertung erfordert, werden hieraus jedoch unterschiedliche Schlüsse gezogen.

[a]. § 346 III 1 Nr. 3 ab Kenntnis nicht mehr anwendbar

Nach der Ansicht, die ab der Kenntnis den § 346 III 1 Nr. 3 nicht mehr anwenden will,⁹⁷⁴ trägt der Rückgewährschuldner ab diesem Zeitpunkt auch die Gefahr des Zufallsrisikos gem. § 346 III 1 Nr. 2. Dies sei deshalb angezeigt, weil nur dann der gesetzlich zum Rücktritt Berechtigte mit Kenntnis dem vertraglich zum Rücktritt Berechtigten gleich stehe.⁹⁷⁵

[b]. § 346 III 1 Nr. 3 ab Kenntnis teleologisch zu reduzieren

Anderer Ansicht nach soll § 346 III 1 Nr. 3 teleologisch korrigiert werden, indem ab Kenntnis nicht der Maßstab des § 277 ausschlaggebend sein soll, sondern der des § 276 I.⁹⁷⁶ Konsequenz dieser Ansicht ist, dass die Zufallsgefahr – da sie nicht ein Vertretenmüssen im Sinne des § 276 I voraussetzt – weiterhin beim Rücktrittsgegner verbleibt. Der Gesetzgeber gehe wohl davon aus, dass ab Kenntnis eine schärfere Haftung einschlägig sei.⁹⁷⁷ Außerdem könne dem Rücktrittsberechtigten nicht aufgrund bloßer Kenntnis das Risiko des zufälligen Untergangs übertragen werden;⁹⁷⁸ das Wissen könne zwar Verhaltenspflichten beeinflussen, nicht aber den unbeeinflussbaren Zufall.⁹⁷⁹ Jener müsse weiterhin dem aufgebürdet bleiben, der den Vertrag verletzt habe.⁹⁸⁰

Streitig unter den Vertretern dieser Meinung ist auch, ob es auf Kenntnis oder bereits auf fahrlässige Unkenntnis ankommen muss.

⁹⁶⁹ Rheinländer, ZGS 2004, 178 (180).

⁹⁷⁰ Perkams, JURA 2003, 150 (151).

⁹⁷¹ Perkams, JURA 2003, 150 (151).

⁹⁷² Perkams, JURA 2003, 150 (152).

⁹⁷³ Perkams, JURA 2003, 150 (152).

⁹⁷⁴ Schwab, JuS 2002, S. 630 ff.; in der Tendenz wohl auch Hager, FS Musielak, S. 193 ff.

⁹⁷⁵ Schwab, JuS 2002, 630 (635).

⁹⁷⁶ Arnold, JURA 2002, S. 154 ff.; Perkams, JURA 2003, S. 150 ff.

⁹⁷⁷ Arnold, JURA 2002, 154 (158).

⁹⁷⁸ Perkams, JURA 2003, 150 (152).

⁹⁷⁹ Perkams, JURA 2003, 150 (152).

⁹⁸⁰ Perkams, JURA 2003, 150 (152).

[c]. Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis

Überwiegend wird angenommen, dass nur die positive Kenntnis maßgeblich sein kann.⁹⁸¹ Rücksichtspflichten gem. § 241 II könnten erst ab positiver Kenntnis entstehen, was die §§ 820 I 2, 160 II deutlich machten, weil diese nur den Fall beträfen, dass der Bereicherungsschuldner von vorneherein mit der Rückgabe rechnen müsse.⁹⁸² Fahrlässigkeit in Bezug auf Wissen genüge im Sachenrecht (§ 932), nicht jedoch im Bereicherungsrecht (§ 819 I). Da das Rücktrittsrecht jedoch dem Bereicherungsrecht näher stehe, als dem Sachenrecht, sei eine fahrlässige Unkenntnis nicht ausreichen.⁹⁸³ Zudem genüge im Bereicherungsrecht Fahrlässigkeit in Bezug auf Wissen nicht.⁹⁸⁴

Anderer Ansicht nach sollte bereits Kennenmüssen (also fahrlässige Unkenntnis) ausreichen, da dies Parallel zu § 122 II gesehen werden müsse.⁹⁸⁵

[2]. Keine Korrektur ab Kenntnis

Auch wird die teleologische Reduktion des § 346 III 1 Nr. 3 oder dessen Nichtanwendbarkeit abgelehnt.

Die Unanwendbarkeit des § 346 III 1 Nr. 3 und damit eine Haftung für Zufall einerseits gehe zu weit.⁹⁸⁶ Schließlich sei es nicht einsichtig, warum Kenntnis für das Zufallsrisiko eine Rolle spielen solle.⁹⁸⁷ Der Systematik des Gesetzes entspreche es eher, dieses beim Rücktrittsgegner zu belassen.⁹⁸⁸

Der gesetzlich zum Rücktritt Berechtigte stehe dem vertraglich zum Rücktritt Berechtigten nicht gleich, da er anders als der vertraglich zum Rücktritt Berechtigte nicht freiwillig zurücktrete, sondern aufgrund eines Mangels.⁹⁸⁹ Für eine teleologische Reduktion sei schon gar kein Raum, da die dem Gesetzgeber unbewusste Inkongruenz zwischen Wortlaut und Telos bereits nicht vorliege.⁹⁹⁰ Die Begründung des Gesetzgebers stelle vorrangig darauf ab, dass der Rücktrittsgegner seine Pflicht nicht erfüllt habe und daher auch nicht auf den Gefahrübergang vertrauen dürfe.⁹⁹¹ Da es dem Gesetzgeber nicht vorrangig um den Schutz des Rücktrittsberechtigten, sondern um die Sanktionierung des Verhaltens des Rücktrittsgegners gehe, müsse die Gefahr des zufälligen Unterganges bei

⁹⁸¹ Staudinger/Kaiser § 346 Rn. 197; Kohler, JZ 2002, 1127 (1133); Musielak, Grundkurs, § 4 Rn. 243; Hager, FS Musielak, S. 193 (202); Schwab, JuS 2002, 630 (636); Canaris, Schuldrechtsreform 2002, S. XLVII; Looschelders, SchuldR AT § 42, Rn. 849, S. 289.

⁹⁸² Staudinger/Kaiser § 346 Rn. 197.

⁹⁸³ Kohler, JZ 2002, 1127 (1133).

⁹⁸⁴ Kohler, JZ 2002, 1127 (1133).

⁹⁸⁵ MüKo/Gaier § 346 Rn. 57; Gaier, WM 2002, 1 (11); Kamanabrou, NJW 2003, 30 (31).

⁹⁸⁶ Staudinger/Kaiser § 346 Rn. 188.

⁹⁸⁷ Annuß, JA 2006, 184 (188).

⁹⁸⁸ Staudinger/Kaiser § 346 Rn. 188.

⁹⁸⁹ Palandt/Grüneberg § 346 Rn. 13b.

⁹⁹⁰ Wagner, FS Huber, S. 591 (618).

⁹⁹¹ Kamanabrou, NJW 2003, 30 (30).

letzterem verbleiben.⁹⁹² Der Gesetzgeber habe daher bewusst keine andere Behandlung ab Kenntniserlangung normiert.⁹⁹³

Auch sei so ein Bruch mit § 357 III, welcher eine explizite Ausnahme regele, gegeben.⁹⁹⁴ § 357 erlaube keinen Analogieschluss, sondern nur einen Umkehrschluss.⁹⁹⁵ In § 357 werde auf § 346 III 1 Nr. 3 als allgemeine Regelung verwiesen; durch die Normierung der Kenntnis beim Widerruf könne nur geschlossen werden, dass diese, wenn sie gelten sollte, erst recht beim Rücktritt hätte normiert werden müssen.⁹⁹⁶ Da der Normgeber bewusst eine Regelung bezüglich der Kenntnis getroffen habe, könne man darauf nur schließen, dass sie bei § 346 III 1 Nr. 3 bewusst unterblieben ist.⁹⁹⁷

Jedoch werden unterschiedliche Schlüsse gezogen:

[a]. Haftung gem. §§ 346 IV, 280 I

Diese restriktive Interpretation oder teleologische Reduktion des § 346 III 1 Nr. 3 sei nicht notwendig, da ohnehin ab Kenntnis der Rücktrittsberechtigte gem. § 346 IV nach den allgemeinen Regeln (§§ 280 ff.) auf Schadensersatz hafte.⁹⁹⁸ Schließlich gebe es keinen Grund aus dem der Rücktrittsberechtigte dann noch schützenswert sei.⁹⁹⁹ Ab Kenntnis wisse er schließlich, dass er fremdes Vermögen verwalte.¹⁰⁰⁰ § 346 IV sage zwar für den Zeitraum zwischen Kenntnis und Rücktrittserklärung nichts;¹⁰⁰¹ die Rückgewährpflicht gem. § 346 I, auf den § 346 IV verweist, bestehe jedenfalls erst ab Rücktrittserklärung.¹⁰⁰² Ab Kenntnis jedoch sei der Rückgewährschuldner zur Rücksichtnahme gem. § 241 II verpflichtet.¹⁰⁰³ Durch den Rückgriff auf § 346 IV trage der Rückgewährschuldner nur unter den Voraussetzungen des § 287 das Zufallsrisiko.¹⁰⁰⁴ Die Voraussetzungen des § 287 (Verzug) jedoch könnten erst vorliegen, wenn der Rücktritt bereits erklärt und ein Rückgewährschuldverhältnis (in dem ein Verzug vorliegen könne) entstanden sei.¹⁰⁰⁵

⁹⁹² Kamanabrou, NJW 2003, 30 (31).

⁹⁹³ Brox/Walker, Allgemeines SchuldR, § 18 Rn. 27.

⁹⁹⁴ Annuß, JA 2006, 184 (188).

⁹⁹⁵ Wagner, FS Huber, S. 591 (619).

⁹⁹⁶ Wagner, FS Huber, S. 591 (619).

⁹⁹⁷ Schneider, ZGS 2007, 57 (58).

⁹⁹⁸ Staudinger/Kaiser § 346 Rn. 188; MüKo/Gaier § 346 Rn. 57; Gaier, WM 2002, 1 ff; Canaris, Schuldrechtsreform 2002; Brox/Walker, Allgemeines SchuldR, § 18 Rn. 27; Annuß, JA 2006, 184 (188); Bamberger/Roth/Grothe § 346 Rn. 58, 61.

⁹⁹⁹ Bamberger/Roth/Grothe § 346 Rn. 61.

¹⁰⁰⁰ Gaier, WM 2002, 1 (11).

¹⁰⁰¹ Staudinger/Kaiser § 346 Rn. 194.

¹⁰⁰² Staudinger/Kaiser § 346 Rn. 194.

¹⁰⁰³ Staudinger/Kaiser § 346 Rn. 194; Schwab, Jus 2002, 630 ff; Musielak, Grundkurs, § 4 Rn. 243; Gaier, WM 2002, 1 ff; MüKo/Gaier § 346 Rn. 57.

¹⁰⁰⁴ Canaris, Schuldrechtsreform 2002, S. XLVII.

¹⁰⁰⁵ Canaris, Schuldrechtsreform 2002, S. XLVII.

Anderer Ansicht nach kann § 346 IV vor der Rücktrittserklärung nicht anwendbar sein, da dieser nur eine Klarstellung darstelle.¹⁰⁰⁶ Der Verweis auf § 346 I mache deutlich, dass erst ab Erklärung des Rücktritts ein Rückgewährschuldverhältnis bestehe, aus dem Schadensersatz geschuldet werden könne.¹⁰⁰⁷

[b]. Zusammenschau aus §§ 160, 820 I 2, 989, 818 IV, 292

Ein anderer Ansatzpunkt wird in den §§ 160, 820 I 2, 989, 818 IV, 292 gesehen: zwar sei die bloße Kenntnis keine Pflicht, an die durch einen Schadensersatzanspruch angeknüpft werden könne; jedoch könne die Schadensersatzhaftung, welche nach Erklärung des Rücktrittes erfolge, an ein vor der Rücktrittserklärung eintretendes Ereignis anknüpfen (etwa die Zerstörung der Sache).¹⁰⁰⁸ Ab Kenntnis bestehe schließlich eine Schwebelage; solche Schwebelagen, die zu einer Rückgewährpflicht führen könnten, seien im BGB aber so geregelt, dass man sich in der Schwebelage so zu verhalten habe, dass bei Entstehen des Rückgewährschuldverhältnisses dieses erfüllt werden könne.¹⁰⁰⁹ Mit anderen Worten: der Gegenstand muss so sorgfältig behandelt werden, dass er bei Eintreten des Rückgewährschuldverhältnisses unbeschadet zurückgegeben werden kann. Dies ergebe sich aus der Zusammenschau der §§ 160, 820 I 2, 989, 818 IV, 292.

[c]. Kenntnis nicht relevant

Anderer Auffassung nach sei die Kenntnis gar nicht relevant; im Rahmen des § 346 III 1 Nr. 3 sei eine Korrektur der Haftung für eigenübliche Sorgfalt nicht erforderlich.¹⁰¹⁰

Die Haftungsmilderung habe ihren Grund nicht in der Unkenntnis, sondern im Mangel des Vertragsgegenstandes.¹⁰¹¹ Da der Mangel auch durch Kenntnis nicht entfalle, müsse die Haftung weiterhin nach eigenüblicher Sorgfalt geschehen.¹⁰¹² Weil die Schlechterfüllung mit einer mangelhaften Sache durch den Rücktrittsgegner verursacht worden sei, sei es unbillig, dem Rücktrittsberechtigten die Nutzung der Sache faktisch zu untersagen.¹⁰¹³ Eine faktische Nutzungsuntersagung kann hierin indes nicht zu sehen sein; die Nutzung ist weiterhin erlaubt. Einzige Einschränkung wäre die Anwendung der verkehrsüblichen Sorgfalt anstelle der eigenüblichen. Hierin eine faktische Nutzungsuntersagung zu sehen, würde dem Maßstab der verkehrsüblichen Sorgfalt nicht gerecht werden; diese ist objektiv bestimmbar und somit leicht anwendbar.

Der Wortlaut des Gesetzes sei insofern klar, da er eben nicht auf die Kenntnis abstelle.¹⁰¹⁴ Der Gesetzgeber habe in § 346 ein vorsichtig balanciertes Regel-Ausnahme-Verhält-

¹⁰⁰⁶ Perkams, JURA 2003, 150 (152).

¹⁰⁰⁷ Perkams, JURA 2003, 150 (152).

¹⁰⁰⁸ Kohler, JZ 2002, 1127 (1130).

¹⁰⁰⁹ Kohler, JZ 2002, 1127 (1131).

¹⁰¹⁰ Erman/Röthel § 346 Rn. 21; Reischl, JuS 2003, S. 667 ff; Schneider, ZGS 2007, S. 57 ff.

¹⁰¹¹ Erman/Röthel § 346 Rn. 21; Reischl, JuS 2003, 667 (672).

¹⁰¹² Erman/Röthel § 346 Rn. 21.

¹⁰¹³ Reischl, JuS 2003, 667 (672).

¹⁰¹⁴ Schneider, ZGS 2007, 57 (59).

nis geschaffen, welches nicht zerstört werden dürfe.¹⁰¹⁵ Zudem seien die Schwierigkeiten in der Praxis den Zeitpunkt der Kenntnis festzustellen, nicht unerheblich.¹⁰¹⁶ Schwierigkeiten in der Praxis sollten jedoch nicht gegen eine andere Behandlung ab Kenntnis sprechen. Zum einen kann der Nachweis der eigenüblichen Sorgfalt selbst schon schwierig sein;¹⁰¹⁷ ab Kenntnis wäre dieser Nachweis dann nicht mehr erforderlich. Zum andern stellt das Gesetz selbst häufig ausdrücklich auf Kenntnis als anerkanntes Merkmal ab.¹⁰¹⁸ Auch wird angeführt, dass der Rücktrittsberechtigte ein Interesse an der Rechtsklarheit habe und deshalb ohnehin in den meisten Fällen das Rücktrittsrecht zügig ausübe.¹⁰¹⁹ Dies jedoch ist eine Annahme, die auf manche Fälle zutreffen mag, auf andere nicht. Eine allgemeingültige Aussage kann hieraus jedoch nicht entnommen werden.

[3]. Rückgriff auf § 346 III 2

Einen gänzlich anderen Ansatzpunkt stellt der Rückgriff auf § 346 III 2 dar:

der Kern der Problematik liege darin, dass § 346 III eine grenzziehende Vorschrift für den § 346 II sei.¹⁰²⁰ Diese Grenzziehung habe aber nichts mit dem Grund der Haftung nach § 346 II zu tun.¹⁰²¹ Wirklicher Grund des § 346 III 1 Nr. 3 sei daher eine bereicherungsrechtliche Ordnungsfunktion, weil die trotz Herausgabeunmöglichkeit verbliebenen Vermögensvorteile abgeschöpft werden sollten.¹⁰²² Eine Bereicherung jedoch habe mit Kenntnis nichts zu tun, weshalb diese als Kriterium abzulehnen sei.¹⁰²³ Maßgebliches Kriterium der Beschränkung der Norm könne daher nur § 346 III 2 sein.¹⁰²⁴ Dass § 346 III den Abs. II modifiziert, ist bereits erörtert. Jedoch beruhen diese Modifikationen auf der Schutzwürdigkeit bzw. fehlenden Schutzwürdigkeit der Parteien. Dass eine Bereicherung herausgegeben werden soll, ist richtig. Jedoch sollte insgesamt eine am Gesetz (also an § 346 III 1 Nr. 3) orientierte Lösung zur Behandlung der Parteien gefunden werden, da es diese Vorschrift nun einmal gibt.

[4]. Würdigung

[a]. Wortlaut

Im Wortlaut der Vorschrift ist die Kenntnis nicht erwähnt. Dies spricht gegen eine Zäsur ab Kenntnis in diesem Zusammenhang. Jedoch differenziert der Wortlaut nach gesetzlichem und vertraglichem Rücktrittsrecht. Oben wurde bereits erörtert, dass der wesentliche Unterschied zwischen beiden Arten des Rücktrittsrechtes darin besteht, dass

¹⁰¹⁵ Schneider, ZGS 2007, 57 (59).

¹⁰¹⁶ Schneider, ZGS 2007, 57 (59); Reischl, JuS 2003, 667 (672).

¹⁰¹⁷ Schneider, ZGS 2007, 57 (59); Reischl, JuS 2003, 667 (672).

¹⁰¹⁸ Hier nur einige Beispiele: §§ 119, 121, 166, 172, 174, 199, usw.

¹⁰¹⁹ Reischl, JuS 2003, 667 (672).

¹⁰²⁰ Soergel/Lobinger § 346 Rn. 138.

¹⁰²¹ Soergel/Lobinger § 346 Rn. 138.

¹⁰²² Soergel/Lobinger § 346 Rn. 138.

¹⁰²³ Soergel/Lobinger § 346 Rn. 138.

¹⁰²⁴ Soergel/Lobinger § 346 Rn. 145.

nur beim gesetzlichen Rücktrittsrecht ein „Nachteil“ des Rücktrittsberechtigten gegeben ist. Dieser Nachteil kann vom Rücktrittsgegner zu verantworten sein, muss aber nicht – insbesondere nicht bei Wegfall der Geschäftsgrundlage oder Zufall. Beim vertraglichen Rücktrittsrecht hingegen kann ein Rücktritt auch aus anderen Gründen vereinbart werden. Dort ist kein Nachteil notwendig. Daher weiß der vertraglich zum Rücktrittsrechte Berechtigte von vornherein von seiner Rücktrittsmöglichkeit, während der gesetzlich zum Rücktritt Berechtigte erst die Rücktrittsmöglichkeit erkennt, wenn der „Nachteil“ offenbar wird. Diese Tatsache wird immer wieder angeführt, um der Kenntnis eine Relevanz zu verschaffen. Allerdings hat der Gesetzgeber sich ausdrücklich mit der früher h.M., die auf die Kenntnis abstellte, auseinandergesetzt.¹⁰²⁵ Warum dieses Kriterium nicht in den Gesetzestext aufgenommen wurde, ist unklar. Abgelehnt jedenfalls wurde es in den Materialien nicht. Dies hat jedoch im Wortlaut keinen eindeutigen Niederschlag gefunden. Dort ist nur von einem „gesetzlichen Rücktrittsrecht“ die Rede; da die Unkenntnis kein wesentliches Merkmal eines gesetzlichen Rücktrittsrechtes ist, kann alleine aus dem Wortlaut eine andere Behandlung ab Kenntnis nicht abgeleitet werden.

[b]. Historie/Genetik

Die herrschende Meinung zu der Vorgängernorm des § 347 a.F. war, dass derjenige ohne Kenntnis wie ein gutgläubiger Bereicherungsschuldner, der mit Kenntnis wie ein bösgläubiger Besitzer hafte.¹⁰²⁶ Auch nach der Schuldrechtsreform sind diejenigen Literaturstimmen in der Mehrzahl, die der Ansicht sind, dass ab Kenntnis eine Korrektur vorgenommen werden muss.¹⁰²⁷ Für die Form der Korrektur freilich gibt es mehrere vertretene Möglichkeiten. Die Korrekturbedürftigkeit an sich ist nicht unumstritten. Ein Konsens in der Literatur ist nicht gegeben. In der Rechtsprechung zum neuen § 346 III Nr. 3 gibt es noch keinen Fall, in welchem explizit zur Kenntnis Stellung genommen werden musste.

Durch den Gesetzgeber wurde der ursprüngliche Verweis auf das EBV, auf welchen sich die h.M. der Literatur bezog, nicht in das neue Recht aufgenommen. Dies, weil die Lage des bösgläubigen Besitzers allenfalls der des Rückgewährschuldners nach Ausübung des Rücktrittsrechts entspreche.¹⁰²⁸ Einerseits spricht dies dafür, dass es auf eine Kenntnis nicht mehr ankommen sollte; andererseits ist den Gesetzgebungsmaterialien zu entnehmen, dass eine sorgsamere Pflicht zur Behandlung dann entstehen sollte, wenn

¹⁰²⁵ BT Drucksache 14/6040, S. 193.

¹⁰²⁶ S.o.: S. 170: Schwab, JuS 2002, 630 (635); Palandt/Heinrichs § 347 Rn. 8 (60. Aufl. 2001); Jauernig/Vollkommer, § 347 Rn. 9 (8. Auflage 1997); Brox, Allgemeines SchuldR § 17 Rn. 205 (27. Aufl. 2000); BGH NJW 1970, 656 (656); OLG Celle NZV 1991, 230 (230); OLG Hamm NJW-RR 1992, 113 (113); BGH NJW 1992, 1965 (1965); OLG Hamm NZV 1994, 226 (226).

¹⁰²⁷ S.o.: S. 170: Arnold, JURA 2002, S. 154 ff; Canaris, Schuldrechtsreform 2002, S. XLV ff; Dauner-Lieb/Hager § 5 Rn. 34; Kaiser, JZ 2001, 1057 ff; Kohler, AcP 206 (2006), 681 ff; Kohler, JZ 2002, 1127 ff; Konzen, FS Canaris, S. 605 ff; Musielak, Grundkurs, § 4 Rn. 243; Perkams, JURA 2003, S. 150 ff; Rheinländer, ZGS 2004, S. 178 ff; Schulze, JuS 2004, S. 366 ff; Schwab, JuS 2002, S. 630 ff; Roth, FS Canaris, S. 1131 ff; Thier, FS Heldrich, S. 439 (446). Dem ist die obergerichtliche Rechtsprechung gefolgt: OLG Frankfurt a. M.: Beschluss vom 17.06.2010 – 4 W 12/10 (sogar die Haftung für jegliche Fahrlässigkeit ausschließend).

¹⁰²⁸ BT Drucksache 14/6040, S. 192.

der Berechtigte weiß oder wissen muss, dass die Rücktrittsvoraussetzungen vorliegen.¹⁰²⁹ Dies ist in sich widersprüchlich und kann daher keinen endgültigen Aufschluss geben.

Eine gesicherte Aussage, die man den Materialien entnehmen kann, ist, dass als maßgebliches Argument die „Schuld“ des Rücktrittsgegners an der Entstehung des Rückgewährschuldverhältnisses gesehen wurde¹⁰³⁰ und aus diesem Grund das Risiko auf ihn zurück übertragen wurde. Wenn man nun annähme, dass diese „Schuld“ immer gegeben sei¹⁰³¹, so würde diese mit Kenntnis vom Rücktrittsrecht nicht entfallen. Dies spricht also eher dafür, dass die Kenntnis keine relevante Zäsur darstellen soll. Allerdings erwähnt der Gesetzgeber im gleichen Atemzug, dass man von der h.M. im Prinzip nicht abweichen wolle.¹⁰³² Diese allerdings sah die Kenntnis als relevantes Kriterium für eine Zäsur an. Eine eindeutige Positionierung zu diesem Problem kann den Materialien aufgrund ihrer Widersprüchlichkeit nicht entnommen werden.

Die Entstehungsgeschichte der Norm ist sicherlich auch mit § 1 d II AbzG verbunden: dort wurde erstmalig die *diligentia quam in suis* in ähnlichem Zusammenhang verwendet. Die Entscheidung des Widerrufs sollte frei und unbeeinflusst von Nachteilen sein.¹⁰³³ Ein Nachteil könne daraus entstehen, dass der Gegenstand durch ein Verschulden verschlechtert wurde;¹⁰³⁴ daher solle er nur die eigenübliche Sorgfalt anwenden müssen.¹⁰³⁵ Jedoch wurde dies im Zusammenhang mit einem Widerrufsrecht, nicht mit dem Rücktrittsrecht normiert. Auch war dort die Kenntnis Teil des Wortlautes, so dass eine Auslegung bezüglich dieser Kenntnis unproblematisch war. Ein Rückschluss auf § 346 III 1 Nr. 3 zugunsten der Kenntnis kann hieraus nicht folgen; hier ist die Kenntnis gerade nicht Teil des Wortlautes.

Angesichts dieser Unklarheiten muss man sich fragen, warum eine eindeutige Aussage zur Kenntnis in den Gesetzgebungsmaterialien – ganz zu schweigen vom Gesetzestext – unterblieben ist; obwohl hieraus in den Materialien sogar Bezug¹⁰³⁶ genommen wird. Aufgrund dieser eher verwirrenden Aussagen der Materialien und der sonstigen Entstehungsgeschichte kann eine eindeutige Tendenz nicht sichtbar werden.

[c]. Systematik

Im BGB besteht der Grundsatz, dass der Eigentümer die ausschließliche Gewalt über eine Sache hat (§ 903), aber im Gegenzug hierzu für sie verantwortlich ist (etwa §§ 833, 836). Nutzen und Gefahren des Eigentümers stehen sich sozusagen gegenüber. Ein Gefahrübergang aufgrund vertraglicher Grundlage markiert daher den Zeitpunkt, an dem

¹⁰²⁹ BT Drucksache 14/7052, S. 194.

¹⁰³⁰ BT Drucksache 14/6040, S. 196.

¹⁰³¹ Bei § 313 und bei Zufall ist dies nicht der Fall, wie bereits erwähnt wurde.

¹⁰³² BT Drucksache 14/6040, S. 196.

¹⁰³³ BT Drucksache 7/1398, S. 5.

¹⁰³⁴ BT Drucksache 7/1398, S. 5.

¹⁰³⁵ BT Drucksache 7/1398, S. 5.

¹⁰³⁶ Der früher herrschende Meinungsstreit bezüglich der Kenntnis wird ausführlich dargestellt: BT Drucksache 14/6040, S. 193.

ein anderer den Nutzen aber auch die Gefahren einer Sache trägt. Der Rücktrittsberchtigte ist Volleigentümer der Sache und kann daher mit ihr nach Belieben verfahren. Von dieser grundsätzlichen Wertung nimmt der § 346 Ausnahmen vor. Er muss nämlich möglicherweise Wertersatz leisten; hierdurch ist er dann nachträglich in der Behandlung der Sache eingeschränkt. Diese Wertersatzpflicht greift gem. § 346 II 1 Nr. 1-3 dann ein, wenn der Gegenstand in der ursprünglichen Form nicht mehr herausgegeben werden kann. Grundsätzlich wird ein Ersatz angestrebt. Hierbei wird freilich immer die Gegenleistung berücksichtigt § 346 II 2. Es soll also prinzipiell der ursprüngliche Zustand wieder hergestellt werden, ohne Verantwortungs – oder Verursachungsanteile zu beurteilen. Hiervon werden wiederum in § 346 III Nr. 1-3 Ausnahmen gemacht. Diese Ausnahmen sind einzelfallbezogen.¹⁰³⁷ Da sie so konkret für einzelne Sachverhalte gelten, müssen sie tendenziell eng ausgelegt werden. Andernfalls würde man in die Gefahr laufen, die Ausnahme zur Regel zu machen. Dies entspräche dann nicht mehr dem Sachverhalt, den der Gesetzgeber ursprünglich regeln wollte. Die Frage, die sich stellt, ist, wie sich diese Erkenntnis auf die Auslegung des § 346 III Nr. 3 bezüglich der Kenntnis auswirkt. Dass die Kenntnis eine rein tatsächliche Relevanz hat, ist klar. Ab Kenntnis weiß der Rücktrittsberchtigte, dass er die Sache zurückgeben muss und weiß folglich auch, dass er nicht Eigentümer der Sache bleiben wird. Es wird daher vorgeschlagen, ab diesem Zeitpunkt den § 346 IV anzuwenden und den Rücktrittsberchtigten ab diesem Zeitpunkt Schadensersatzpflichtig zu machen. Dieser stellt klar, dass wenn die Voraussetzungen der §§ 280 ff. gegeben sind, diese neben dem Wertersatzanspruch anzuwenden sind. Das Problem, das sich stellt ist, dass ein Schuldverhältnis, welches im Rahmen der §§ 280 ff. wesentliche Voraussetzung ist, jedoch erst ab Erklärung des Rücktritts entsteht, also ab Entstehen des Rückgewährschuldverhältnisses. Vorvertragliche Schutzpflichten im Rahmen des § 241 II können nur gegeben sein, wenn ein vorvertragliches Schuldverhältnis vorhanden ist. Gem. § 311 II liegt jedoch kein vorvertragliches Schuldverhältnis vor; schließlich liegt bereits ein vertragliches Schuldverhältnis vor, nämlich der ursprüngliche Vertrag, von dem zurückgetreten wird. Dieser aber wird durch die speziellen Regelungen der Schuldverhältnisse und deren Verweisung auf die allgemeinen Schadensersatzvorschriften ausgeformt. Dass § 346 IV nicht fruchtbar gemacht werden kann, ist bedauernswert, weil sich hiermit eine elegante Lösung finden würde, welche die Kenntnis berücksichtigen würde ohne eine teleologische Reduktion notwendig zu machen. Zudem könnte für den Zufall auf den § 287 zurückgegriffen werden, so dass eine einheitliche Behandlung des Zufallsrisikos gewährleistet wäre. Allerdings ist dies aus systematischen Gesichtspunkten wie eben dargelegt nicht machbar.

Im BGB findet sich noch eine andere Lage, in der eine Rückabwicklung angestrebt ist: das Bereicherungsrecht.¹⁰³⁸ Dort wird ab Kenntnis verschärft gehaftet (§§ 818 IV, 819 I). Allerdings wird beim Rücktritt gerade hierauf nicht verwiesen; vielmehr wurde ein Verweis auf das EBV, was wiederum auf das Bereicherungsrecht verweist ausdrücklich nicht

¹⁰³⁷ S.o.: S. 167: Nr. 2 und Nr. 3 behandeln den Rückgewährschuldner vollkommen unterschiedlich; eine einheitliche Regelung ist dem nicht entnehmbar.

¹⁰³⁸ Hierauf stellt Kohler, JZ 2002, 1127 ff. maßgeblich ab.

übernommen, da dies nicht überzeuge.¹⁰³⁹ Die Lage sei nicht dieselbe. Daher wurde eine eigenständige Regelung für das Rücktrittsrecht geschaffen; der Verweis auf diesen allgemeinen Rechtsgedanken trägt daher nicht.

Im Rahmen der systematischen Erwägungen wird immer wieder – mit unterschiedlichem Ergebnis – auf § 357 III 3 abgestellt. Durch eine Übertragung des Rechtsgedankens des § 357 III 4 wird bei § 346 III 1 Nr. 3 die Relevanz der Kenntnis erreicht. Anderer Lesart nach wird durch einen Umkehrschluss erzielt, dass es in § 346 III 1 Nr. 3 gerade nicht auf die Kenntnis ankommen kann. Klar ist: in § 357 wird auf die Vorschriften des Rücktrittsrechtes, und somit auch auf § 346 III 1 Nr. 3 verwiesen. Den Gesetzesmaterialien zufolge beruht die Begünstigung hinsichtlich der eigenüblichen Sorgfalt auf der Tatsache, dass der Unternehmer durch die Nichtbelehrung selbst vertragswidrig handle.¹⁰⁴⁰ § 357 III 4 bezieht sich ausdrücklich auf die Kenntnis des Widerrufsberechtigten von seinem Widerrufsrecht. Bei Kenntnis solle § 346 III 1 Nr. 3 nicht anwendbar sein. Richtig ist, dass der Rücktrittsberechtigte und der Widerrufsrechtige in einer ähnlichen Situation sind.¹⁰⁴¹ Jedoch wurde diese Situation trotz ihrer Ähnlichkeit anders gesetzgeberisch erfasst. In § 357 wurde ausdrücklich auf die Kenntnis Bezug genommen, in § 346 nicht. Für eine Analogie bedürfte es zunächst einer Regelungslücke; diese ist jedoch nicht sicher – wie oben gezeigt kann den Materialien nicht entnommen werden, ob die Kenntnis absichtlich nicht normiert wurde. Unabhängig von den Materialien liegt der Schluss nahe, dass weil bei § 357 die Kenntnis erwähnt ist, diese bei § 346 gerade nicht erwähnt werden sollte. Schließlich stellt systematisch das Rücktrittsrecht die „Basis“ des Widerrufsrechtes dar. Grundsätzlich wird auf das Rücktrittsrecht verwiesen, nur werden Ausnahmen von dieser Verweisung gemacht. Diese Ausnahme kann aber nicht als allgemeiner Rechtsgedanke auf § 346 „zurück“ angewendet werden. Der Vergleich mit § 357 spricht also eher gegen eine Relevanz der Kenntnis in diesem Zusammenhang.

Die Systematik des BGB hält zwar ähnliche Regelungen im Bereicherungsrecht oder mit § 357 vor; jedoch ist aufgrund der Gesetzesmaterialien und der Betrachtung der gesamten Norm des § 346 davon auszugehen, dass eine Regelung mit Ausnahmecharakter gewollt war, die sich auf eine Abwägung der Interessen der Beteiligten stützt.

[d]. Telos

Fraglich ist, ob das Telos eine andere Behandlung ab Kenntnis erfordert. Voraussetzung für eine teleologische Reduktion ist zunächst, dass die Norm des § 346 III 1 Nr. 3 in ihrem Wortsinn ihrem Regelungszweck widerspricht.¹⁰⁴²

Die Auslegung hat ergeben, dass eine Ausnahme zum grundsätzlichen Wertersatzanspruch gegeben ist, welche eine teilweise Risikoumverteilung darstellt. Grund hierfür ist zum einen die Entlastung des Rückgewährschuldners, welcher einen Nachteil durch das Notwendig werden der Rückabwicklung des Vertrages erlitten hat. Und zum ande-

¹⁰³⁹ BT Drucksache 14/6040, S. 192.

¹⁰⁴⁰ BT Drucksache 14/6040, S. 200.

¹⁰⁴¹ So: Thier, FS Heldrich, S. 439 (446); Rheinländer, ZGS 2004, 178 (180).

¹⁰⁴² Rütters/Fischer, Rechtstheorie, § 23 Rn. 903, S. 559.

ren die Belastung des Rückgewährgläubigers, der für diese Notwendigkeit verantwortlich ist. Fraglich ist also, ob ab Kenntnis diese mangelnde Schutzwürdigkeit des Rückgewährgläubigers bei gleichzeitiger Schutzwürdigkeit des Rückgewährschuldners nicht mehr gegeben ist.

Die Interessenslage, die dem § 346 III Nr. 3 zugrunde liegt, ändert sich durch Kenntnis teilweise. Auf der Seite des Rückgewährgläubigers ändert sich allerdings nichts. Wenn ein Mangel der Grund für das Entstehen des Rückgewährschuldverhältnisses war, entfällt dieser nicht durch Kenntnis. Wenn dieser allerdings hypothetisch entfiel, würde auch die grundlegende Voraussetzung für das Entstehen eines Rückgewährschuldverhältnisses entfallen. Wenn ein Mangel nicht Grund für das Entstehen eines Rückgewährschuldverhältnisses war, ändert die Kenntnis hieran nichts; allerdings wurde dieser Fall vom Gesetzgeber ohnehin nicht gesehen. Zum Zweck des § 346 III Nr. 3 gehört aber ebenso die Seite des Rückgewährschuldners. Und auf dessen Seite verändert sich durch Kenntnis etwas. Der Rückgewährschuldner weiß, sobald er den Mangel oder allgemeiner formuliert Nachteil erkennt, dass er sich vom Vertrag lösen kann und in diesem Zuge die Sache zurückgewähren muss. Diese Kenntnis lässt indes das Vertrauen des Rückgewährschuldners entfallen. Somit entfällt auch seine Schutzwürdigkeit. Da diese teilweise Grund der Privilegierung ist, kann diese nicht mehr im ursprünglichen Sinne eingreifen.

Hiergegen spricht nicht, dass der gesetzlich zum Rücktritt Berechtigte nicht dem vertraglich zum Rücktritt Berechtigten gleich stehe, da jener freiwillig zurücktrete, der gesetzlich Berechtigte aber gezwungenermaßen aufgrund des Mangels. Auch wenn der Mangel für die Rücktrittssituation kausal war, so ändert sich ab Kenntnis dennoch die Interessenslage wie dargelegt, so dass die Schutzwürdigkeit entfällt.

Hiergegen spricht zudem nicht die gesetzgeberische Intention, einen ökonomischen Anreiz zur mangelfreien Leistung zu setzen; schließlich ist nicht in jedem Fall ein durch den Rückgewährgläubiger zu vertretender Mangel gegeben. Daher trifft diese Erwägung nicht auf alle Fallgestaltungen zu. Falls sie jedoch zutrifft, entfällt mit der Kenntnis nicht der Mangel. Jedoch verändert sich andererseits die Schutzwürdigkeit des Rückgewährschuldners. Dieser ist nicht mehr schutzwürdig, wenn er die Rückabwicklungsmöglichkeit erkennt. Wenn dieser sich wohlfahrtökonomisch sinnvoll verhält, ist er darum bemüht, den Leistungsgegenstand nicht zu beschädigen. Daher spricht die ökonomische Betrachtungsweise hier sogar eher für eine andere Behandlung ab Kenntnis.

Somit steht fest, dass die der Norm vom Gesetzgeber zugrunde gelegte Interessenslage sich ab Kenntnis geändert hat. Zwar ist der Rückgewährgläubiger aufgrund seiner Verursachung des Rückgewährschuldverhältnisses nicht schutzwürdig, auf der anderen Seite ist aber auch die Schutzwürdigkeit des Rückgewährschuldners aufgrund dessen Kenntnis entfallen. Die Schutzwürdigkeit des Rückgewährschuldners findet im Gesetz vor allem in dem subjektiven, ihn privilegierenden Sorgfaltsmaßstab seinen Ausdruck. Dieser kann daher hier nicht mehr einschlägig sein. Da die Schutzwürdigkeit des Rückgewährschuldners entfallen ist, muss gleichzeitig der besondere Haftungsmaßstab entfallen.

Problematisch ist aber, ob dieser durch § 276 ersetzt werden soll, oder ob § 346 I III Nr. 3 gar nicht mehr angewendet werden soll – mit der Konsequenz, dass der Rückgewährschuldner dann auch für Zufall haftet. Für eine Unanwendbarkeit der Vorschrift spricht der Gesichtspunkt, dass der Rückgewährschuldner ab Kenntnis wie ein vertraglich zum Rücktritt Berechtigter da steht und folglich dem allgemeinen Grundsatz in § 346 III 1 Nr. 2 haften sollte. Allerdings ist er deswegen noch kein vertraglich zum Rücktritt Berechtigter. Der Rücktrittsgrund eines vertraglichen Rücktrittsrechts kann mannigfaltig ausgestaltet sein; der eines gesetzlichen Rücktrittsrechts hingegen knüpft meist an einen Mangel (außer im Fall des § 313) und somit ein Vertretenmüssen des Rückgewährläubigers an. An dieser Tatsache hat sich trotz Kenntnis nichts geändert. Daher kann in diesem Fall nicht § 346 III 1 Nr. 2 herangezogen werden, sondern es muss in Übereinstimmung mit der gesetzgeberischen Wertung der Sorgfaltsmaßstab des § 277 verändert werden. Dieser wird durch Rückgriff auf § 276 zum allgemeinen Sorgfaltsmaßstab gewandelt.

Diese teleologische Reduktion, ab Kenntnis den Maßstab des § 276 I anstelle des § 277 zu verwenden lässt sich dem Gesetzeswortlaut nicht entnehmen. Für diese Lösung spricht alleine die ausführliche Auslegung. Daher ist eine solche teleologische Reduktion eine für den Gesetzesanwender missliche Lage, weil er darauf spekulieren muss, dass er durch seine Handhabung dem Gesetz im Sinne des Gesetzgebers überhaupt erst die angestrebte Geltung verschafft. Allerdings ist dies auch notwendig, wenn wie hier die Intention des Gesetzgebers im Gesetz keinen Ausdruck findet. Daher muss (leider) diese noch neue Norm m.E. nach korrigiert werden.

[e]. Zusammenfassung

Nach dem Wortlaut ist eine andere Behandlung ab Kenntnis nicht notwendig. Die Gesetzesbegründung erwähnt zwar ausdrücklich die Kenntnis und stellt klar, dass an der ehemaligen herrschenden Meinung festgehalten werden solle; jedoch wird die Kenntnis entgegen dieser Aussage nicht ausdrücklich in die Norm aufgenommen. Da die Materialien verwirrend und widersprüchlich sind, geben sie keinen Aufschluss. In der Literatur gibt es (noch) keinen Konsens; zwar geht die h.M. davon aus, dass es auf die Kenntnis ankommen müsse. Dies ist allerdings nicht unumstritten. Auch die Folgen, die aus der h.M. gezogen werden differieren. Systematische Überlegungen zeigen, dass § 346 IV nicht eingreifen kann, weil ein hierfür notwendiges Schuldverhältnis erst ab Erklärung des Rücktrittes entsteht (Rückabwicklungs-Schuldverhältnis). Ein vorvertragliches Schuldverhältnis (also vor-rückabwicklungs-vertragliches Schuldverhältnis) kann nicht bestehen, weil gleichzeitig ein vertragliches Schuldverhältnis (ursprünglicher Vertrag) besteht, der sich nach den besonderen Regeln für diesen richtet. Ebenfalls § 357 III 3 als Norm für einen spezielleren Fall kann die Kenntnis nicht entnommen werden. Der § 346 ist die generelle Norm; wenn für den besonderen Fall des § 357 etwas anderes geregelt ist, muss dies nicht automatisch auch für die zugrunde liegende Norm gelten. Nach der Systematik des übrigen BGB ist vielmehr davon auszugehen, dass für das Rücktrittsrecht eine eigene Ausnahmeregelung gewollt war, die sich nach den rücktrittsspezifischen Interessen der Parteien richtet. Diese Interessenslage ändert sich jedoch ab Kenntnis, wes-

halb diese als Zäsur zu betrachten ist. Zwar beeinflusst die Kenntnis nicht die eventuell gegebene Schuld des Rückgewährgläubigers am Entstehen des Rückgewährschuldverhältnisses, jedoch lässt sie die Schutzwürdigkeit des Rückgewährschuldners entfallen. Da die der Norm zugrunde legende Interessensbewertung mit Kenntnis teilweise entfällt, ist eine teleologische Reduktion vorzunehmen, so dass der § 346 III Nr. 3 nur bei Unkenntnis des Rücktrittsgrundes einschlägig sein kann.

dd. Ergebnis

Ab Kenntnis ist der spezielle Sorgfaltsmaßstab des § 277 nicht mehr anzuwenden, sondern der des § 276. Dies beruht auf einer teleologischen Reduktion, welche notwendig ist, weil der Wortlaut des Gesetzes nicht die Intention der Gesetzesschaffer widerspiegelt. Die Interessenslage, welche der Gesetzgeber regeln wollte, liegt nach Kenntnis so nicht mehr vor, weshalb eine Haftungserleichterung ab diesem Zeitpunkt nicht mehr gewollt sein kann. Das Zufallsrisiko hingegen bleibt beim Rückgewährgläubiger, da dessen meist vorliegendes Verschulden am Mangel durch die Kenntnis nicht entfällt. Schadensersatz gem. § 346 IV wird erst ab Rücktrittserklärung geschuldet, da vorher das ursprüngliche vertragliche Schuldverhältnis vorliegt, welches nach den jeweils speziellen Regeln zu behandeln ist.

b. § 690

§ 690 regelt die Haftung des Verwahrers bei der unentgeltlichen Verwahrung. Die Vorschrift war bereits zur Schaffung des BGB aufgenommen gewesen. Die Berechtigung der Vorschrift indes ist aber auch heute noch umstritten.

Die Anwendung der *diligentia quam in suis* im Rahmen der unentgeltlichen Verwahrung beruhe auf der Fremdnützigkeit des Verhaltens des Verwahrers.¹⁰⁴³ Dieser habe im Gegensatz zum Beauftragten, welcher durch den Einfluss auf die Angelegenheiten des Geschäftsherren eine Machtposition habe, durch die Passivität des Verwahrens nur begrenzte Einflussmöglichkeiten.¹⁰⁴⁴

Gegen § 690 spreche hingegen, dass die Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen unentgeltlicher Verwahrung und Auftrag bzw. Gefälligkeit gegeben sei.¹⁰⁴⁵ Zudem gebe es ausreichend Fälle, in denen der Verwahrer gerade kein altruistisches Motiv habe, sondern seines eigenen Nutzens wegen handle;¹⁰⁴⁶ wie beispielsweise in Kaufhäusern Taschen kostenlos im Eingangsbereich aufbewahrt werden, um dem Diebstahl mithilfe mitgebrachter Taschen vorzubeugen.¹⁰⁴⁷

Einerseits ist eine Unentgeltlichkeit gegeben; bei den Haftungserleichterungen für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit wurde bereits gezeigt, dass ein Leisten ohne unmittel-

¹⁰⁴³ MüKo/Henssler § 690 Rn. 1.

¹⁰⁴⁴ Heller, der Haftungsmaßstab der „*diligentia quam in suis*“, S. 20.

¹⁰⁴⁵ Schlechtriem, Gutachten und Vorschläge Band II, S. 1625.

¹⁰⁴⁶ Schlechtriem, Gutachten und Vorschläge Band II, S. 1625.

¹⁰⁴⁷ Beispiel von Schlechtriem, Gutachten und Vorschläge Band II, S. 1625.

bare Gegenleistung Auswirkungen auf den Haftungsmaßstab haben kann. Andererseits kann trotz Unentgeltlichkeit ein Vorteil für den Verwahrer bestehen.

Um den Anwendungsbereich der Norm zu determinieren soll zunächst der Sinn und Zweck des § 690 ermittelt werden.

aa. Sinn und Zweck

[1]. Wortlaut

„Wird die Aufbewahrung unentgeltlich übernommen, so hat der Verwahrer nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.“

Hier handelt es sich um einen Verschuldensmaßstab für eine Haftung, wie „hat ... einzustehen“ klar macht. Der Maßstab soll nur diejenige Sorgfalt, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt sein. Dass es sich um eine Haftungsmilderung handelt, die einen subjektiven Maßstab anlegt, wurde bereits dargelegt. Verwahrung im allgemeinen Sprachgebrauch bedeutet sichere Unterbringung, Obhut.¹⁰⁴⁸ Also nimmt sich eine Vertragspartei der Sache der anderen Partei an. Die Sache ist nicht mehr im Einflussbereich des Hinterlegers, sondern in dem des Verwahrers. Die Sache wechselt den Einflussbereich, ohne dass sich an der dinglichen Rechtslage etwas ändert. Der Wortlaut stellt klar, dass die Haftungsmilderung nur im Falle der unentgeltlichen Verwahrung greifen soll. Also nur dann, wenn keine synallagmatische Gegenleistung für die Verwahrung erbracht wird. Zentral im Wortlaut sind einerseits die Unentgeltlichkeit, andererseits der subjektive Sorgfalsmaßstab. Zweck der Vorschrift wäre hiernach eine Begünstigung fremdnütziger Tätigkeit nach Eingliederung in den eigenen Herrschaftsbereich.

[2]. Historie/Genetik

In den Motiven entschied sich der Gesetzgeber zunächst gegen dem Grundsatz des römischen Rechtes, nach dem der Depositär nur für dolus und culpa lata haftete, sowie gegen das damalige in den deutschen Staaten herrschende Recht, nach dem der unentgeltliche Verwahrer entweder nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit oder nur für die diligentia quam in suis haftete.¹⁰⁴⁹ Vielmehr war eine Haftung für jede Fahrlässigkeit vorgesehen gewesen.¹⁰⁵⁰ Grund hierfür war die Erwägung, dass „wer in der jetzigen Zeit einem Anderen sein Gut zur Aufbewahrung anvertraut, erwartet, daß dieser sich nicht überwiegend nur leidend verhalte“, ¹⁰⁵¹ sondern dass der Aufbewahrer die übliche Sorgfalt anwende.¹⁰⁵² Gegen eine Haftung nach dem Maßstab der eigenüblichen Sorgfalt sprechen „schwerwiegende Gründe praktischer Zweckmäßigkeit“. ¹⁰⁵³ Es sei in der Praxis zu

¹⁰⁴⁸ Duden, Bedeutungswörterbuch, S. 1045.

¹⁰⁴⁹ Motive zum BGB, Bd. II, S. 571, 572.

¹⁰⁵⁰ Motive zum BGB, Bd. II, S. 572.

¹⁰⁵¹ Motive zum BGB, Bd. II, S. 572.

¹⁰⁵² Motive zum BGB, Bd. II, S. 572.

¹⁰⁵³ Motive zum BGB, Bd. II, S. 573.

schwierig den unentgeltlichen Verwahrungsvertrag von dem unentgeltlichen Auftrag abzugrenzen, bei welchem die Verringerung des Haftungsmaßstabes nicht in Frage käme, da das Vertrauen des Auftraggebers schützenswert sei und der Beauftragte das fremde Geschäft übernommen habe.¹⁰⁵⁴ Die Unentgeltlichkeit der Tätigkeit wurde nicht als ausreichender Grund für eine Milderung des Haftungsmaßstabes gesehen.¹⁰⁵⁵

Die zweite Kommission hingegen entschied sich für eine Haftung nach der Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten, weil dies der „Auffassung des Lebens und der Billigkeit entspreche“.¹⁰⁵⁶ Es wurde vor allem der Fall diskutiert, dass der Verwahrer seine eigene und die fremde Sache vor einer Gefahr retten müsse,¹⁰⁵⁷ womit indirekt der Gedanke des § 680 aufgenommen wurde, was jedoch im Gesetzestext keinen Niederschlag fand. Zwar wurden auch die Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Auftrag und Verwahrungsvertrag gesehen, jedoch sei eine Differenzierung der Haftung notwendig.¹⁰⁵⁸ Schließlich „dürfe [man] nicht übersehen, daß beim Auftrage der Beauftragte sich direkt zu einer Tätigkeit im Interesse des Auftraggebers verpflichte, während bei der Hinterlegung der Verwahrer eine Sache nur in seine Obhut nehmen solle“.¹⁰⁵⁹ Die Unterscheidung wurde also aus der Aktivität des Beauftragten im Vergleich zur Passivität des Verwahrers gerechtfertigt. Zusätzlich schien man davon ausgegangen zu sein, dass der Verwahrer die Sache mit seinen eigenen Sachen verwahre.¹⁰⁶⁰ Daher rechtfertigte nicht alleine die Unentgeltlichkeit die Haftungerleichterung; vielmehr war die Vorstellung gegeben, dass der Verwahrer die Sache in seinen Herrschaftsbereich eingliedert und in seinem Herrschaftsbereich mit allen Sachen gleich verfahren kann und nicht hinsichtlich verschiedener Sachen verschiedene Sorgfaltsmaßstäbe anwenden muss.

Anhand der unterschiedlichen Stellungnahmen der Kommissionen wird die Problematik der Vorschrift deutlich: einerseits handelt es sich um einen Vertrag, in dem jeder grundsätzlich seine Pflichten ordnungsgemäß erfüllen muss. Hinzu kommt, dass es sich wie beim Auftrag, der auch keine Haftungs-milderung bereitstellt, um eine Tätigkeit im ausschließlichen Interesse eines anderen handelt. Andererseits ist der relevante Unterschied zum Auftragsrecht die Passivität des Verwahrers im Vergleich zur Aktivität des Beauftragten herausgestellt worden. Die Passivität des Verwahrers wurde vom Gesetzgeber als weniger intensive Tätigkeit empfunden, als die aktive Tätigkeit des Beauftragten. Da also die gesetzlichen Handlungsanforderungen an den Verwahrer geringer sind als an den Beauftragten, ist die Haftung gemildert. Das ist deshalb bemerkenswert, weil nachvollziehbar auch eine genau gegenteilige Wertung sein könnte: wer schon vertraglich zu einer nicht so umfangreichen Pflicht verpflichtet wird, soll diese dann freilich sorgfältig ausführen. Hier ist aber die Wertung wie folgt: wer nur mit einer geringe-

¹⁰⁵⁴ Motive zum BGB, Bd. II, S. 531.

¹⁰⁵⁵ Motive zum BGB, Bd. II, S. 572.

¹⁰⁵⁶ Protokolle der zweiten Kommission, Bd. II, S. 393.

¹⁰⁵⁷ Jakobs/Schubert, Recht der Schuldverhältnisse III, S. 175.

¹⁰⁵⁸ Protokolle der zweiten Kommission, Bd. II, S. 393.

¹⁰⁵⁹ Protokolle der zweiten Kommission, Bd. II, S. 393.

¹⁰⁶⁰ Dies zeigt das Beispiel der Rettung eigener und der verwahrten Sache (S.o. Fn. 1049).

ren Pflicht betraut ist, soll nur mit einer geringeren Haftung rechnen müssen und umgekehrt, wer mit einer umfangreichen Pflicht beauftragt ist, soll diese sorgfältig ausführen.

Nach der genetischen Auslegung ist Sinn und Zweck der Vorschrift das Eingliedern in den Herrschaftsbereich zu ermöglichen ohne unterschiedliche Haftungsmaßstäbe heranziehen zu müssen und den Verwahrer für seine unentgeltliche Tätigkeit zu begünstigen, die er im Bewusstsein von nicht besonders umfangreichen Handlungspflichten abschließt. Besonders deutlich tritt zutage, dass nicht alleine die fremdnützige Tätigkeit Grund für die Haftungserleichterung ist, sondern relevant auch die Eingliederung der Sache in den eigenen Herrschaftsbereich und die Passivität der Verwahrerleistung ist.

In der Literatur wurde zunächst darauf hingewiesen, dass im BGB erstmals ein entgeltlicher Verwahrungsvertrag mit umfassender Haftung normiert sei und die Haftung nur bei Unentgeltlichkeit gemindert sei.¹⁰⁶¹ Es wurde aber gleichwohl bemerkt, dass die Unentgeltlichkeit hier weiter als bei der Schenkung sei, weil bei Verwahrung keine Vermögensminderung eintreten müsse.¹⁰⁶² In der Tat ist bei Schenkung ein Leistungsgegenstand Inhalt des Vertrages während es bei der Verwahrung um die Erbringung einer Leistungshandlung geht. Es wurde dennoch maßgeblich darauf abgestellt, dass der Verwahrer im Interesse des Hinterlegers handle und ihm daher die Haftungsmilderung zugute käme.¹⁰⁶³ Daher sollte diese Haftungsmilderung nur dann gegeben sein, wenn eine tatsächliche Unentgeltlichkeit gegeben sei; nicht jedoch wenn nebenher entgeltliche Geschäftsbeziehungen existierten.¹⁰⁶⁴ Heute wird als Grund für die Haftungsbegrenzung ganz allgemein die Fremdnützigkeit gesehen.¹⁰⁶⁵ Kritisiert wird hingegen, dass trotz Unentgeltlichkeit ein Eigennutz bestehen könne und daher die Haftungsmilderung nicht gerechtfertigt sei.¹⁰⁶⁶ Daher kam durch die Rechtsprechung § 690 bei einem außerhalb des konkreten Vertrages vorliegenden Vorteiles nicht zur Anwendung.¹⁰⁶⁷ Nach der historischen Auslegung hat sich bis heute die Fremdnützigkeit der Verwahrertätigkeit, welche sich aus der Unentgeltlichkeit ableitet, als Hintergrund der Norm herauskristallisiert.

[3]. Systematik

Bei den Vorschriften des Verwahrungsvertrages fällt auf, dass sowohl die entgeltliche als auch die unentgeltliche Verwahrung geregelt wird, die Haftungserleichterung aber nur für letztere gilt. Ein tragender Gedanke der Haftungsmilderung muss also die Unentgeltlichkeit sein. Da eine Änderung der Aufbewahrung nur im Interesse des Hinterlegers möglich ist, wird deutlich, dass die Verwahrung eine fremdnützige Tätigkeit im Interesse eines anderen ist.

¹⁰⁶¹ Enneccerus, Bürgerliches Recht, Bd I 2, (1914), § 389, S. 487; (1927), § 389, S. 508.

¹⁰⁶² Oertmann, Recht der SV, § 690 S. 740.

¹⁰⁶³ Warneyer, BGB, § 690 Anm. 2.

¹⁰⁶⁴ Warneyer, BGB, § 690 Anm. 4.

¹⁰⁶⁵ MüKo/Henssler § 690 Rn. 1; Staudinger/Reuter § 690 Rn. 2.

¹⁰⁶⁶ Schlechtriem, Gutachten und Vorschläge Band II, S. 1625.

¹⁰⁶⁷ OLG Düsseldorf MDR 1976, 842 (842).

Auch wird dem Verwahrer ein Aufwendungsersatz gewährt; diese Elemente sind dem Fund und der GoA ähnlich. Jedoch ist hier ein anderer Haftungsmaßstab als dort gewählt. Unterschied zu Fund und GoA ist, dass sich Verwahrer und Hinterleger in der Regel kennen oder zumindest begegnet sind; zudem muss der Verwahrer die Sache selbst nehmen und kann sie nicht ohne weiteres einem Dritten geben; dies spricht dafür, dass ihm ein persönliches Vertrauen entgegengebracht wird. Im Vergleich mit anderen Normen, die auf die eigenübliche Sorgfalt abstellen, fällt auf, dass das Vertrauen dort jedoch anders geartet ist. Die anderen Haftungsmilderungen aufgrund eigenüblicher Sorgfalt befinden sich im Familien – Erb – und Gesellschaftsrecht. Also jeweils in Materien, bei welchem eine bestimmte personenrechtliche Konstellation hinter den Regelungen steht. Dies ist bei der Verwahrung als nicht personenrechtlich geprägtes Schuldverhältnis nicht der Fall. Für eine Verwahrung ist keine besondere persönliche Nähe der Parteien erforderlich; allerdings kennen sich die Parteien im Gegensatz zu Fund und GoA in der Regel. Dementsprechend ist weniger ein besonders großes Vertrauen durch persönliche Nähe, als mehr eine Kenntnis um die Verhaltensweisen des Verwahrers gegeben.

Jedoch ist eine „Nähe der Sache“ gegeben: schließlich übergibt der Hinterleger dem Verwahrer eine Sache, welche sich nun dem ungehinderten Einfluss des Verwahrers ausgesetzt sieht. Zentral ist daher, dass die Sache des Hinterlegers in den Herrschaftsbereich des Verwahrers gelangt; dies bedeutet einmal, dass dem Verwahrer ein Schaden an Rechtsgütern in seinem Herrschaftsbereich entstehen kann, welcher dann evtl. gem. § 694 zu ersetzen ist. Zum anderen kann aber auch ein Schaden an der Sache selbst durch ein Verhalten des Verwahrers oder einen Umstand in dessen Herrschaftsbereich entstehen. Die Haftung ist nur im letzteren Fall gemildert. Außerdem handelt es sich nicht um eine Bringschuld, so dass der Hinterleger sich immer selbst in die Herrschaftssphäre des Verwahrers begeben muss. Maßgeblich ist daher gleichfalls die Befindlichkeit des Gegenstandes im Herrschaftsbereich des Verwahrers; dort soll er seinen eigenen Gepflogenheiten nachgehen können.

Beim Betrachten des gesamten Regelungsbereiches der Verwahrung fallen also folgende wesentliche Elemente auf: die Unentgeltlichkeit, die Tätigkeit im Interesse eines anderen, die Bekanntschaft der Parteien und die Befindlichkeit der Sache im Herrschaftsbereich des Verwahrers.

Alleine die Unentgeltlichkeit kann nicht der einzige Grund für die Haftungsmilderung sein; dann schließlich könnte auch eine Haftungserleichterung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit wie bei Schenkung und Leihe etwa normiert sein. Ebenso die Tätigkeit im Interesse eines anderen kann nicht ausschließlicher Grund für die Haftungsmilderung sein, da sonst eine ähnliche Haftung wie beim Fund oder der GoA gegeben sein müsste. Im Vergleich zu den Haftungsmilderungen auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit ist die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten ein strengerer Haftungsmaßstab. Bei den Haftungserleichterungen für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit wird generell nicht für leichte Fahrlässigkeit gehaftet, bei der Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten wird nur dann nicht für leichte Fahrlässigkeit gehaftet, wenn diese vorliegt, der Schuldner sich aber seinen Gepflogenheiten entsprechend verhielt. Andernfalls kann auch eine Haftung wegen leicht-

ter Fahrlässigkeit eintreten. Im Gegensatz zu Schenkung und Leihe, wo sich die Vertragspartner kennen, ist hier keine dauerhafte Vermögensverschiebung gegeben. Daher ist es verständlich, dass ein möglicherweise schärferer Haftungsmaßstab einschlägig ist. Es wird eine Leistung erbracht, die gleichwohl das dingliche Vermögen des Verwahrers nicht mindert.

Nach der systematischen Auslegung ist Sinn und Zweck der Haftungsmilderung, denjenigen zu begünstigen, der unentgeltlich im Interesse eines anderen tätig wird, wobei sich die Parteien kennen. Die Sache gelangt in den Herrschaftsbereich des Verwahrers, wo er sie seinen eigenen Gepflogenheiten entsprechend behandeln können soll.

[4]. Zusammenfassung

Dem Wortlaut nach ist die Haftungsbegrenzung zugunsten des ohne Gegenleistung Leistenden, der eine Sache in seinen Herrschaftsbereich aufnimmt, gegeben. Die Genetik zeigt, dass zunächst aufgrund des Vertrauens des Eigentümers und Abgrenzungsschwierigkeiten zum Auftrag eine Haftungsmilderung abgelehnt wurde. In der zweiten Kommission hingegen wurde als Unterschied zum Auftrag die Passivität des Verwahrers und die Aufbewahrung im eigenen Herrschaftsbereich herausgestellt. Wurde dies in der Literatur anfangs noch ähnlich gesehen, so wird heute vor allem die unentgeltliche Tätigkeit im fremden Interesse als Grund für die Haftungsmilderung gesehen. Die systematische Betrachtung zeigt, dass im Gegensatz zu Verträgen mit Haftungsmilderungen auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zwar eine unentgeltliche Leistung im Interesse eines anderen erbracht wird, diese aber in der Eingliederung einer Sache in den eigenen Herrschaftsbereich besteht. Es ist zwar keine „Nähe der Personen“ wie bei der Ehe, jedoch eine „Nähe der Sachen“ durch Eingliederung gegeben.

bb. Ergebnis

Sinn und Zweck der Haftungsmilderung ist die Begünstigung des unentgeltlich im Interesse eines anderen Handelnden, wobei die Leistung in der Eingliederung in den eigenen Herrschaftsbereich besteht, wo der Leistende seinen eigenen Gepflogenheiten nachgehen können soll.

c. § 708

Der § 708 mildert die Haftung der Gesellschafter der GbR untereinander. Die Vorschrift fand bereits ins ursprüngliche BGB Eingang und wurde bis heute beibehalten. Die Berechtigung des § 708 wird aber auch heute noch vielfach diskutiert.

[1]. Befürwortung des § 708

Die Stimmen in der Literatur, die sich für die Beibehaltung der Haftungsprivilegierung im Rahmen der Gesellschaft aussprechen, führen vor allem das Argument des Gesetzgebers an, die Parteien wollen sich so nehmen, wie sie seien; diese Begründung zielt auf das Bestehen der Zweckgemeinschaft und des draus resultierenden engen Vertrauensver-

hältnisses der Gesellschafter untereinander ab.¹⁰⁶⁸ Schließlich müsse man sich den Partner vorher ansehen, mit dem man ein Gesellschaftsverhältnis eingehe. Dies sei durchaus zumutbar: da das Leitbild der BGB-Gesellschaft transparent und überschaubar sei, könne man die relevanten Eigenschaften des Partners erkennen.¹⁰⁶⁹ Da die Gesellschafter sich zu gegenseitiger Treue verpflichtet seien, seien sie verpflichtet, gemeinsame Angelegenheiten ebenso wie eigene zu behandeln.¹⁰⁷⁰ Angelegenheiten der Gesellschaft seien schließlich auch immer eigene Angelegenheiten.¹⁰⁷¹ Wer sich zusammenschließe, profitiere von den positiven Eigenschaften seines Partners, daher solle er gleichsam die Risiken eines möglicherweise negativen eigenüblichen Verhaltens tragen müssen.¹⁰⁷²

[2]. *Ablehnung des § 708*

Jedoch gibt es auch zahlreiche Stimmen, die sich gegen eine derartige Haftungserleichterung als rechtspolitisch verfehlt¹⁰⁷³ aussprechen. Die Vorschrift wird vor allem als veraltet und nicht mehr zeitgemäß im Rahmen der modernen Erwerbsgesellschaft betrachtet.¹⁰⁷⁴ Schließlich kann eine Diskrepanz zwischen dem ursprünglichen Leitbild der GbR und den heutigen verschiedenen Erscheinungsformen bestehen.¹⁰⁷⁵ Der heutige Geschäftsverkehr sei auf die sorgfältige arbeitsteilige Erfüllung übernommener Aufgaben ausgerichtet.¹⁰⁷⁶ Die Gesellschafter seien einander aus Treu und Glauben verpflichtet, die größtmögliche Sorgfalt anzuwenden.¹⁰⁷⁷ Zudem handele der Gesellschafter nicht nur in eigenen, sondern auch in fremden Angelegenheiten.¹⁰⁷⁸ In der Gesellschaft herrschen dann unterschiedliche Haftungsmaßstäbe, was aus Gleichheitserwägungen nicht gewollt sein könne.¹⁰⁷⁹ Zudem könne die Stellung des Gesellschafters mit der des Beauftragten verglichen werden, welcher voll hafte.¹⁰⁸⁰ Was die persönliche Verbundenheit der Gesellschafter untereinander angehe, so sei diese längst nicht in allen Gesellschaften so gegeben.¹⁰⁸¹

¹⁰⁶⁸ Ballerstedt, JuS 1963, 245 (258).

¹⁰⁶⁹ Heller, der Haftungsmaßstab der „diligentia quam in suis“, S. 26.

¹⁰⁷⁰ Heller, der Haftungsmaßstab der „diligentia quam in suis“, S. 30.

¹⁰⁷¹ MüKo/Ulmer/Schäfer § 708 Rn. 1.

¹⁰⁷² Heller, der Haftungsmaßstab der „diligentia quam in suis“, S. 30.

¹⁰⁷³ Schlechtriem, Gutachten und Vorschläge, S. 1622; Rother, Haftungsbeschränkungen im Schadensrecht, S. 192.

¹⁰⁷⁴ Rother, Haftungsbeschränkungen im Schadensrecht, S. 192; Schmidt, GesellschaftsR, § 59 III 2 a); Böhmmer, NJW 1959, 1713 (1714).

¹⁰⁷⁵ Erman/Westermann § 708 Rn. 2.

¹⁰⁷⁶ MüKo/Ulmer/Schäfer § 708 Rn. 2.

¹⁰⁷⁷ Böhmmer NJW 1959, 1713 (1714).

¹⁰⁷⁸ Soergel/Hadding § 708 Rn. 1.

¹⁰⁷⁹ Heller, der Haftungsmaßstab der „diligentia quam in suis“, S. 23.

¹⁰⁸⁰ So noch: Hueck, GesellschaftsR § 7 I 2, S. 54 (1991).

¹⁰⁸¹ MüKo/Ulmer/Schäfer § 708 Rn. 2.

[3]. Anmerkung

Die Kritik an § 708 ist sicherlich berechtigt. Anders als die §§ 1359, 1664 kann durch die vielen möglichen Erscheinungsformen der GbR nicht generell von einem engen personenrechtlichen Verhältnis ausgegangen werden. Jedoch ist zu beachten, dass die Haftungsbeschränkung abbedungen werden kann. Gerade bei Zusammenschlüssen, die nicht von einem engen personalen Zusammenhalt geprägt sind, kann ein Gesellschaftsvertrag geschlossen werden und die Haftung in dieser Form ausgeschlossen werden. In Fällen hingegen, in denen die GbR eher aus einem faktischen Verhalten besteht, wird überwiegend ein solches Näheverhältnis angenommen werden können. Grundsätzlich ist das Bestehen dieser Norm also verständlich. Es stellt sich jedoch die Frage, ob diese gesetzgeberische Würdigung auch in den vielfältigen tatsächlichen Anwendungsfällen immer sachgerecht ist. Zunächst soll jedoch der Normzweck untersucht werden.

*aa. Sinn und Zweck**[1]. Wortlaut*

„Ein Gesellschafter hat bei der Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.“

Spezifiziert wird dieser subjektive Haftungsmaßstab mit „bei Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen“. Ein Gesellschafter handelt nur dann in Erfüllung einer Verpflichtung, wenn er auch in seiner Eigenschaft als Gesellschafter handelt. Ist sein Handeln hingegen als Handeln einer „Privatperson“ zu sehen, kann er sich nicht auf die Haftungserleichterung berufen. Hierdurch wird der Anwendungsbereich der Norm auf die gesellschaftsspezifischen Handlungen beschränkt und klargestellt, dass Personen einander nicht für jegliches Verhalten in jedem Lebensbereich nur für die eigenübliche Sorgfalt haften, weil sie in einem Bereich ihres Lebens als Gesellschafter verbunden sind. Welche Verpflichtungen relevant werden, kann sich entweder aus den §§ 704 ff. ergeben oder aus dem Gesellschaftsvertrag. Hierzu später.

Fraglich ist, was mit „obliegen“ gemeint ist. Eine Obliegenheit ist nach heutigem Verständnis eine Verpflichtung, die man sich selbst gegenüber hat.¹⁰⁸² Wenn dieses Verständnis vom Gesetzgeber vorausgesetzt worden wäre, könnte man darauf schließen, dass eine Gesellschaftshandlung auch als eine Handlung für sich selbst gesehen wurde. Dies würde dann darauf hin deuten, dass der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, dass ein Gesellschafter, wenn er für die Gesellschaft handelt, immer besonders sorgfältig handelt, weil er ja auch in einer eigenen Angelegenheit tätig ist. Fraglich ist also, ob der Begriff „Obliegenheit“ oder „obliegen“ zur Zeit der Schaffung des BGB schon in diesem Zusammenhang verwendet wurde. Dies ist indes nicht der Fall. In den Gesetzesmaterialien wird an verschiedenen Stellen „bei Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtung“ verwendet.¹⁰⁸³ Hiermit ist jeweils eine Verpflichtung und keine Obliegenheit gemeint. Beson-

¹⁰⁸² Definition der Obliegenheit in: Palandt/Grüneberg Einl v § 241 Rn. 13.

¹⁰⁸³ Bei der Teilhabe: Motive zum BGB, Bd. I, S. 878. Beim Fund: Motive zum BGB, Bd. III, S. 376. Es wird

ders deutlich wird dies bei der Normierung der einfachen Fahrlässigkeit: dort wird „Erfüllung seiner Obliegenheiten“ im Zusammenhang mit der Schaffung eines objektiven Sorgfaltsmaßstabes für das in Verkehr treten mit Dritten verwendet.¹⁰⁸⁴ In der Tat kann „obliegen“ im deutschen Sprachgebrauch ebenfalls heißen: etwas ist jemandes Aufgabe oder Pflicht.¹⁰⁸⁵ Daher kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber den Hintergedanken hatte, der Gesellschafter handle in Gesellschaftsangelegenheiten besonders sorgfältig. Dem Wortlaut ist daher nur zu entnehmen, dass der Gesetzgeber davon ausging, dass die Gesellschafter untereinander milder haften sollen, wenn sie als solche handeln. Somit wird das Risiko der Haftung für ein Handeln, welches den üblichen Gewohnheiten des Gesellschafters entspricht, ausgeschlossen. Hierdurch wird eine dynamische Handlungsfähigkeit des Zusammenschlusses gewährleistet.

Dem Wortlaut nach handelt es sich um eine Haftungsmilderung, die den als Gesellschafter handelnden begünstigen soll, wenn er für die Gesellschaft handelt, soll er wie in eigenen Angelegenheiten verfahren können.

[2]. Historie

Die Milderung der Haftung der Gesellschafter untereinander nach dem Grundsatz der *diligentia quam in suis* war bereits in den Motiven zum BGB vorgesehen. Dies, da „gerade das Gesellschaftsverhältnis [...] aber vorzugsweise dazu angethan [sei], dafür jene eigenthümlich modifizierte Haftung vorzuschreiben“.¹⁰⁸⁶

Zwar wurde gegen die Milderung der Haftung geltend gemacht, dass die Gesellschaft „längst ihren ursprünglichen agrarisch – familienartigen Charakter abgestreift“¹⁰⁸⁷ habe. Die Haftungsmilderung passe nicht mehr auf die moderne Erwerbsgesellschaft, da die handelnden Gesellschafter nicht nur in eigenen Angelegenheiten, sondern jeweils auch in fremden Angelegenheiten handeln.¹⁰⁸⁸ Zudem sei die Übertragung der Geschäftsführungsbefugnis an einzelne Gesellschafter vergleichbar mit der Beauftragung, wo keine Erleichterung der Haftung vorgesehen war.¹⁰⁸⁹

Der überwiegende Teil der Kommission jedoch sprach sich für die Übernahme der Haftungserleichterung aus. Für sie spreche, dass sie „tief ins Volksbewusstsein eingedrungen“¹⁰⁹⁰ sei; schließlich habe die Nürnberger Kommission nach umfassender Würdigung trotz gewichtiger Gegenargumente diese Haftungsfigur ins Handelsrecht übernommen.¹⁰⁹¹ Den Gegenargumenten wurde eine Berechtigung nicht abgesprochen;

jeweils auf Verpflichtungen Bezug genommen, die der Schuldner erfüllen muss und die auch im Gegenseitigkeitsverhältnis stehen.

¹⁰⁸⁴ Protokolle der zweiten Kommission, Bd. I, S. 187.

¹⁰⁸⁵ Duden, Bedeutungswörterbuch, S. 689.

¹⁰⁸⁶ Motive zum BGB, Bd. I, S. 601.

¹⁰⁸⁷ Protokolle der zweiten Kommission, Bd. II, S. 419.

¹⁰⁸⁸ Protokolle der zweiten Kommission, Bd. II, S. 419.

¹⁰⁸⁹ Protokolle der zweiten Kommission, Bd. II, S. 419.

¹⁰⁹⁰ Protokolle der zweiten Kommission, Bd. II, S. 420.

¹⁰⁹¹ Protokolle der zweiten Kommission, Bd. II, S. 420.

jedoch sah man durch das bestehende HGB „den Weg vorgezeichnet“.¹⁰⁹² Auch wurde der Haftungsfigur nur eine untergeordnete Bedeutung beigemessen.¹⁰⁹³ Schlussendlich spreche für die Beibehaltung der *diligentia quam in suis* aber ein psychologisches Moment, nach dem die Gesellschafter „sich gegenseitig so nehmen wollen, wie sie einmal seien, daß jeder Theil von vornherein die Individualität des anderen ins Auge fasse und daher nur verlange, daß er in den gemeinschaftlichen Angelegenheiten dieselbe Sorgfalt übe, wie bei den eigenen“.¹⁰⁹⁴

Man wollte also hauptsächlich keinen Bruch mit der Rechtstradition und ein harmonisches Zusammenwirken mit dem HGB. Dies sind jedoch eher rechtspraktische Gründe als Anhaltspunkte für den Zweck hinter der Vorschrift. Als einziger Hinweis auf den Zweck ist die Erwägung, die Gesellschafter wollten sich so nehmen, wie sie seien.¹⁰⁹⁵ Dies zielt auf die Kenntnis um die Stärken und Schwächen des anderen ab. Durch den Bezug auf den familienartigen Charakter einer GbR im Gesetzgebungsverfahren wurde deutlich, dass die Haftungserleichterung für eine Gesellschaft mit engem personellen Zusammenschluss, die von persönlichem Vertrauen geprägt ist, gedacht war.

Es wurde auch festgestellt, dass der Gesellschafter jeweils in eigenen und fremden Angelegenheiten handle. Dennoch hat man sich schließlich für die Haftungsmilderung entschieden. Dies zeigt, dass selbst wenn eine fremde Angelegenheit gegeben sein sollte, dennoch lediglich die persönliche Sorgfalt anwendbar sein soll. Somit wird ein Eingriff in fremde Rechtsgüter unter bestimmten Voraussetzungen nicht mit einer Haftung belegt, was die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft unterstützt. Umgekehrt muss derjenige Gesellschafter, in dessen Rechtsgüter eingegriffen werden, den Schaden selbst tragen. Der Eingreifende muss sich also nicht einschränken während der Verletzte die Verhaltensweisen des anderen kannte.

Hier findet sich zudem versteckt wieder der Topos der Unentgeltlichkeit; im Grundmodell der GbR werden die Gesellschafter für ihre Leistungen im Rahmen der Gesellschaft nämlich nicht bezahlt.

In der Literatur wurde klar gestellt, dass Gesellschafter aber Handlungen, die gegen Treu und Glauben verstoßen zu unterlassen haben.¹⁰⁹⁶ Zudem wurde die Haftungsbegrenzung eingeschränkt, so dass sie nur auf gesellschaftsspezifische Angelegenheiten Anwendung finden sollte.¹⁰⁹⁷ Teilweise wurde die Sorgfaltspflicht sogar nur im Zusammenhang mit den Beitragspflichten erwähnt.¹⁰⁹⁸ Sie wurde immer wieder als „rechtspolitisch nicht unbedenklich“ eingestuft¹⁰⁹⁹ und daher umstritten. Für die Haftungsbegrenzung wird v.a. das Vertrauensverhältnis der Gesellschafter untereinander angeführt.

¹⁰⁹² Protokolle der zweiten Kommission, Bd. II, S. 420.

¹⁰⁹³ Protokolle der zweiten Kommission, Bd. II, S. 420.

¹⁰⁹⁴ Protokolle der zweiten Kommission, Bd. II, S. 420.

¹⁰⁹⁵ Protokolle der zweiten Kommission, Bd. II, S. 420.

¹⁰⁹⁶ Enneccerus, Bürgerliches Recht, Bd I 2, (1914), § 395, S. 504; (1927), § 395, S. 524.

¹⁰⁹⁷ Oertmann, Recht der SV, § 708 S. 769.

¹⁰⁹⁸ Windscheid/Kipp II § 406, S. 784.

¹⁰⁹⁹ BGB-RGRK § 708 Anm. 1.

Gerade hierin sehen jedoch die Gegner die Schwäche der Haftungserleichterung, da dieses persönliche Verhältnis nicht zwingend bei jeder GbR gegeben sein muss. Die Rechtsprechung hat v.a. im Bereich des Straßenverkehrs eine Einschränkung der Anwendbarkeit vorgenommen.¹¹⁰⁰

Die genetische Auslegung zeigt als maßgebliche Gedanken: einmal der enge personenrechtliche Zusammenschluss, der auf Vertrauen basiert. Zum anderen die Tatsache, dass der Handelnde begünstigt wird und somit die Handlungs – und Funktionsfähigkeit der GbR gewährleistet ist. Die historische Auslegung bestätigt, dass die enge persönliche Verbundenheit Haupt Gesichtspunkt der Privilegierung ist.

[3]. Systematik

Bei der GbR handelt es sich um die Grundform einer Personengesellschaft.¹¹⁰¹ Im Gegensatz zur Kapitalgesellschaft ist diese in ihrer Grundstruktur an die beteiligten natürlichen Personen gebunden.¹¹⁰²

Möglicherweise können die Normen, welche die GbR regeln, Aufschluss über den Zweck der Haftungserleichterung geben. Gem. § 705 ist die Pflicht die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes zu fördern. Hier haben wir einen teilweisen Eigennutz und eine teilweise Fremdnützigkeit. Da der Zweck immer gemeinsam ist, also von allen erreicht werden will, ist niemals ein ausschließlicher Fremdnutz gegeben. Eine rein fremdnützige Tätigkeit kann hierin nicht gesehen werden. Folglich kann auch reiner Fremdnutz kein hinter der Haftungsmilderung stehender Gedanke sein. Allerdings kann eine Erwägung teilweiser Fremdnutz sein; schließlich profitieren alle Gesellschafter, wenn einer den gemeinsamen Zweck fördert.

Herausragender sind die Unentgeltlichkeit und der enge persönlich geprägte Zusammenschluss: Gem. § 733 II Satz 2 können für Beiträge in Form einer Dienstleistung bei Auflösung kein Ersatz verlangt werden, worin sich das Element der Unentgeltlichkeit zeigt. Grundsätzlich können zwar körperliche Sachen und Dienstleistungen als Beiträge geleistet werden (§ 706); allerdings sind nur die körperlichen Sachen anteilig gleich zu leisten. Bei der Dienstleistung kann der jeweilige Beitrag variieren. Das ist deshalb nachvollziehbar, weil alle Gesellschafter unterschiedliche Kenntnisse und Fähigkeiten haben und daher unterschiedliche Dienstleistungen erbringen können. Hier wird deutlich, dass der Gesellschafter als Individuum von den anderen gesehen werden muss; mit eigenen Kenntnissen und Fähigkeiten, aber auch mit eigenen Fehlern. Dies spricht für einen engen persönlich geprägten Zusammenschluss.

Die Regelung zur Geschäftsführung bestätigt dies: die Geschäftsführung wird grundsätzlich gemeinsam ausgeübt. Dies ist nur möglich, wenn sich die Beteiligten kennen und ein Einvernehmen bilden können. Dies wiederum setzt eine persönliche Nähe voraus. Bei Übertragung der Geschäftsführung wird dem Geschäftsführer nach der Kon-

¹¹⁰⁰ S.u.: S. 278.

¹¹⁰¹ Schmidt, GesellschaftsR, § 43 II 1, S. 1287.

¹¹⁰² Windbichler, Gesellschaftsrecht § 2 Rn. 17, 18, S. 27.

zeption des Gesetzes kein Entgelt gezahlt. Hier zeigt sich wieder das Element der Unentgeltlichkeit. Für sein Engagement wird nämlich keine direkte Gegenleistung erbracht. Vielmehr profitiert der jeweilige Gesellschafter von dem Erreichen des gemeinsamen Zwecks, was aber keine unmittelbar synallagmatische Gegenleistung ist. Die enge persönliche Beziehung zeigt sich auch in § 717 und § 727; Gesellschafterrechte sind nicht an Dritte übertragbar, so dass die persönliche Beziehung der Gesellschafter zueinander immer gewährleistet bleibt. Nach dem Tod eines Gesellschafters wird die Gesellschaft grundsätzlich aufgelöst, weil sie eng an die Personenkonstellation gekoppelt ist.

Der Vergleich mit der Verwahrung zeigt, dass hier ähnliche Grundgedanken bestehen. Bei der Verwahrung war dies persönliches Kennen der Parteien, Unentgeltlichkeit und Tätigkeit im Interesse eines anderen sowie die Eingliederung in den Herrschaftsbereich. Bei der Gesellschaft ist das Kennen der Parteien wesentlich stärker: hier muss sogar ein enges persönliches Vertrauensverhältnis vorliegen. Allerdings ist das Element der fremdnützigen Tätigkeit im Interesse eines anderen bei der Gesellschaft schwächer, da eine Tätigkeit zwar auch fremdnützig ist, aber nicht ausschließlich. Die Eingliederung in den Herrschaftsbereich schließlich findet bei der GbR keine Entsprechung. Vielmehr ist es so, dass sich die Parteien wohl wechselseitig in die Einflussphäre des jeweils anderen begeben.

Ein Problem wurde allerdings in der Ähnlichkeit mit dem Auftrag gesehen, der keine Haftungsbegrenzung hat. Beim Auftrag jedoch ist eine klar umrissene Einzelpflicht gegeben, während bei einer Gesellschaft eine Verpflichtung sich erst im Laufe des Zusammenschlusses als Gesellschaft entwickeln kann. Die Gesellschaft ist grundsätzlich auf eine längere Zeit hin ausgelegt. Das persönliche Moment ist viel stärker ausgeprägt.

Die systematische Auslegung hat als wesentliche Gedanken hinter dem Regelungskomplex das besondere persönliche Vertrauensverhältnis und die grundsätzliche Unentgeltlichkeit der Tätigkeit des Gesellschafters gezeigt. Aber auch teilweiser Fremdnutz der Tätigkeit ist geben.

[4]. Zusammenfassung

Dem Wortlaut nach wird die dynamische Handlungsfähigkeit der Gesellschaft unterstützt, indem die Gesellschafter ohne Haftungsrisiken wie gewohnt handeln können. Die historische Auslegung hat als maßgebliche Gedanken das enge persönliche Vertrauensverhältnis und die Begünstigung der Handlungs – und Funktionsfähigkeit gezeigt. Nach der systematischen Auslegung sind persönliches Vertrauensverhältnis, Unentgeltlichkeit und teilweiser Fremdnutz gegeben.

bb. Ergebnis

Somit ist als Sinn und Zweck der Haftungsmilderung die Förderung der dynamischen Handlungsfähigkeit der Gesellschaft zu sehen. Daher handelt es sich um eine zumindest teilweise fremdnützige Tätigkeit. Aufgrund des engen persönlichen Vertrauensverhältnisses können sich die anderen Gesellschafter hierauf einstellen.

cc. Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnis

Im Rahmen des § 708 ist streitig, ob dieser dann anwendbar sein soll, wenn der Gesellschafter die ihm zugestandene Geschäftsführungsbefugnis überschreitet. Die Geschäftsführungsbefugnis ist die Kompetenz des Gesellschafters zum Handeln für die Gesellschaft.¹¹⁰³

[1]. Regeln der GoA

Das Reichsgericht wendete § 708 nicht an und ließ den Geschäftsführer zunächst haften, als habe er das Geschäft alleine abgeschlossen.¹¹⁰⁴ Somit wurde eine verschuldensunabhängige Risikohaftung statuiert.¹¹⁰⁵ Später wandte das Reichsgericht die Normen der Geschäftsführung ohne Auftrag an, weil die Haftungsform des § 708 sich nur auf die Erfüllung der gesellschaftsvertraglichen Pflichten erstrecke.¹¹⁰⁶ Bei der unberechtigten Geschäftsführung handele der Geschäftsführer jedoch nicht mehr in Erfüllung,¹¹⁰⁷ sondern müsse vielmehr nach den §§ 677 ff. beurteilt werden.¹¹⁰⁸ Der Ansatz des Reichsgerichtes erscheint auf den ersten Blick etwas überraschend, weil er sich nicht auf eine bestimmte Norm stützt und die §§ 677 ff. erst in einer späteren Entscheidung genannt wurden. Indes ist der Gedankengang verständlich, wenn man sich die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht bzw. bei Überschreitung der Vertretungsmacht ansieht: auch dieser haftet, als habe er das Geschäft selbst abgeschlossen (§ 164 II). Im Prinzip ist es dasselbe bei der Gesellschaft: dort geht es gleichfalls um den Abschluss eines Geschäftes für die Gesellschaft, aber nur einer der Gesellschafter handelt aufgrund der Vertretungsmacht. In Fortentwicklung dieser Überlegung wurden dann die Regeln der GoA herangezogen. Wie der Vertreter ohne Vertretungsmacht nach § 164 II haftet, sollte der Geschäftsführer ohne Befugnis nach den § 677 ff. haften. Aufgrund dieser Parallelen kann man diese Überlegung nicht als absoluten „Irrweg“¹¹⁰⁹ bezeichnen. In der neueren Literatur gibt es wohl auch wieder Befürworter der Lösung über die GoA;¹¹¹⁰ da die kompetenzwidrige Geschäftsführung gar nicht im Gesellschaftsrecht geregelt sei, könne auf die GoA zurückgegriffen werden.¹¹¹¹

[2]. Generelle Ablehnung des § 708

Vereinzelte wird die Anwendung von § 708 in diesem Zusammenhang gänzlich abgelehnt.¹¹¹² Sinn der Vorschrift sei es, dass jeder nach den eigenen Fähigkeiten zur Gesell-

¹¹⁰³ Weger, Haftungsgrundlagen bei kompetenzwidriger Geschäftsführung, S. 95.

¹¹⁰⁴ RGZ 109, 56 (60, 61); zustimmend: Schmidt, GesellschaftsR, § 59 III 2 b)c).

¹¹⁰⁵ Häuser, FS Kraft, S. 147 (149).

¹¹⁰⁶ RGZ 158, 302 (312).

¹¹⁰⁷ BGB-RGRK § 708 Anm. 2.

¹¹⁰⁸ RGZ 158, 302 (313).

¹¹⁰⁹ So aber Wiedemann, GesellschaftsR II, § 3 II 2 b), S. 191.

¹¹¹⁰ Weger, Haftungsgrundlagen bei kompetenzwidriger Geschäftsführung, S. 224.

¹¹¹¹ Weger, Haftungsgrundlagen bei kompetenzwidriger Geschäftsführung, S. 39.

¹¹¹² Wiedemann, GesellschaftsR II, § 3 II 2 b), S. 191.

schaft beitrage; dies finde aber dann eine Grenze, wenn die Geschäftsführungsbefugnis übertragen werde.¹¹¹³ Dort sei der Geschäftsführer Organ mit entsprechender Organverantwortung, welche sich nicht an der eigenüblichen Sorgfalt orientieren könne.¹¹¹⁴ Die generelle Ablehnung des § 708 überzeugt indes nicht. Dass dieser insgesamt nicht auf die Geschäftsführung anwendbar ist, steht im Widerspruch zum Gesetz. Dieses statuiert die eigenübliche Sorgfalt bei Erfüllung der dem Gesellschafter obliegenden Verpflichtungen. Die Geschäftsführung ist gerade eine der zentralen Verpflichtungen, die einem Gesellschafter obliegen können. Dass diese also ausgenommen sein soll, wäre systemwidrig.

[3]. Anwendung der Normen des Gesellschaftsrechts

Der BGH lehnte die Haftung nach den Regeln der GoA ab; zwar handle der Gesellschafter nicht in Erfüllung seiner Pflichten, jedoch sei dies ein Pflichtverstoß im Rahmen der vertraglichen Haftung.¹¹¹⁵ Eine Pflichtverletzung aus dem Gesellschaftsvertrag sei jedoch nicht nach den Grundsätzen der GoA zu behandeln, sondern nach den vertraglichen Grundsätzen.¹¹¹⁶ Später klariert der BGH, es komme alleine darauf an, ob bei der Übernahme der gesellschaftsvertragsfremden Handlung ein Kompetenzverstoß i.S.d. § 708 vorliege.¹¹¹⁷ Wenn ein solcher vorliege, komme es bei der weiteren Ausführung hingegen nicht auf den Maßstab des § 708 an.¹¹¹⁸ In der Sache entspreche dies einer verschärften Haftung gem. § 678.¹¹¹⁹

Eine immer stärker befürwortete Ansicht in der Literatur schließt sich dem BGH an;¹¹²⁰ das Überschreiten der Geschäftsführungsbefugnis sei eben gerade das Überschreiten eines Vertrages, somit eine vertragliche Pflichtverletzung.¹¹²¹ Hieraus könne sich keine quasi-vertragliche Haftung ergeben;¹¹²² schließlich bestehe ja eine vertragliche Bindung.¹¹²³ Der Gesellschafter habe die Pflicht, alle die Geschäftsführung überschreitenden Maßnahmen zu unterlassen.¹¹²⁴ Ob der Gesellschafter die ihm zugeteilte Befugnis überschritten habe und somit gem. § 280 schadensersatzpflichtig sei, sei an § 708 zu beurteilen.¹¹²⁵ Wenn eine schuldhafte Überschreitung nicht vorliege, sei aber eine Durchfüh-

¹¹¹³ Wiedemann, GesellschaftsR II, § 3 II 2 b), S. 191.

¹¹¹⁴ Wiedemann, GesellschaftsR II, § 3 II 2 b), S. 191.

¹¹¹⁵ BGH BB 1988, 1205 (1206), wobei sich der BGH auf Robert Fischer, Großkommentar zum HGB § 116 beruft.

¹¹¹⁶ BGH BB 1988, 1205 (1206).

¹¹¹⁷ BGH NJW 1997, 314 (314).

¹¹¹⁸ BGH NJW 1997, 314 (314).

¹¹¹⁹ Häuser, FS Kraft, S. 147 (156).

¹¹²⁰ Soergel/Hadding § 708 Rn. 5; Bamberger/Roth/Timm/Schöne § 708 Rn. 16; Häuser, FS Kraft, S. 147 (163); Henssler/Strohn/Servatius, Gesellschaftsrecht, § 708 Rn. 5; NK-BGB/Heidel/Hanke § 708 Rn. 8.

¹¹²¹ Häuser, FS Kraft, S. 147 (163); Soergel/Hadding § 708 Rn. 5.

¹¹²² Soergel/Hadding § 708 Rn. 5.

¹¹²³ Häuser, FS Kraft, S. 147 (165).

¹¹²⁴ Bamberger/Roth/Timm/Schöne § 708 Rn. 16.

¹¹²⁵ Grunewald, GesellschaftsR I.A. Rn. 125, S. 56, 66.

rung der Maßnahmen anhand von § 708 zu beurteilen.¹¹²⁶ Eine Unterscheidung zwischen Schlechtleistung und Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnis schaffe unnötige Abgrenzungsprobleme.¹¹²⁷ Hieraus wird sogar teilweise weitergehend gefolgert, dass § 708 auf alle Handlungen des Gesellschafters angewandt werden müsse.¹¹²⁸

[4]. *Kombinationslösung: gesellschaftsrecht und GoA*

Die wohl herrschende Meinung in der Literatur jedoch geht anders vor und entwickelt die Ansicht des Reichsgerichtes weiter:¹¹²⁹ sie prüft in einem ersten Schritt das Übernahmeverschulden anhand von § 708. Wenn ein Übernahmeverschulden nicht gegeben ist, wird im Rahmen des Gesellschaftsrechts anhand der Haftungsmilderung des § 708 weiter geprüft. Wenn hingegen ein Übernahmeverschulden gegeben ist, wird nach den Regeln der GoA verfahren, ohne § 708 anzuwenden. Der Gesellschafter bewege sich bei der Prüfung seiner Zuständigkeit noch im Rahmen der ihm obliegenden Verpflichtungen, wenn er den Rahmen seiner Zuständigkeit jedoch schuldhaft überschreite, sei ein gesellschaftsbezogenes Handeln nicht mehr gegeben.¹¹³⁰ Das Vertrauen der anderen Gesellschafter beschränke sich schließlich auf die ihm durch Gesellschaftsvertrag übertragenen Geschäfte.¹¹³¹ Dort, wo der Gesellschaftsvertrag aber keine Befugnis vorsehe, bestehe kein solcher Vertrag, weshalb die Regeln der GoA angewendet werden könnten.¹¹³² Da der wahre Zweck des § 708 die Übernahme des individuellen Risikos sei und diese nur im Rahmen des Gesellschaftsvertrages gegeben sei, sei nur dort dessen Anwendung gerechtfertigt.¹¹³³ Ähnlich ist auch der Ansatz, der § 708 nur als Auslegungsregel sehen will, die nur dann anwendbar sei, wenn die Risiken, die die Gesellschafter gemeinsam tragen wollten, sich verwirklichten.¹¹³⁴ Jedoch ist die Vorschrift nach ihrem Wortlaut und ihrem Zweck eine Begrenzung der Haftung.

[5]. *Würdigung*

Es stehen sich somit folgende Ansätze gegenüber: einmal die Lösung über die GoA und zum anderen die Lösung über das Gesellschaftsrecht oder drittens die Mischlösung.

[a]. *Wortlaut*

Dem Wortlaut des § 708 nach soll der Gesellschafter bei Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen nur für die eigenübliche Sorgfalt haften. Zu diesen ihm obliegenden

¹¹²⁶ Grunewald, GesellschaftsR 1.A. Rn. 125, S. 56, 66.

¹¹²⁷ Bamberger/Roth/Timm/Schöne § 708 Rn. 16.

¹¹²⁸ Bamberger/Roth/Timm/Schöne § 708 Rn. 16.

¹¹²⁹ Hueck, das Recht der oHG, § 10 VI 1, S. 142, 143; Staudinger/Habermeier § 708 Rn. 21; Erman/Westermann § 708 Rn. 7; Müller-Graff, AcP 191 (1991), 475, (487); Windbichler, GesellschaftsR § 8 Rn. 7, S. 73.

¹¹³⁰ Hueck, das Recht der oHG, § 10 VI 1, S. 143; Staudinger/Habermeier § 708 Rn. 21; MüKo/Ulmer/Schäfer § 708 Rn. 9; Mertens, ZHR 147 (1983), 377 (398); Windbichler, GesellschaftsR § 8 Rn. 7, S. 73.

¹¹³¹ MüKo/Ulmer/Schäfer § 708 Rn. 10.

¹¹³² Müller-Graff, AcP 191 (1991), 475, (487).

¹¹³³ Müller-Graff, AcP 191 (1991), 475, (487).

¹¹³⁴ Schmidt, GesellschaftsR, § 59 III 2 c).

Verpflichtungen kann die Geschäftsführung gehören, welche gem. § 710 übertragen werden kann. Wenn eine gewisse Tätigkeit zum Programm des Vertrages gehört, muss ebenso deren Schlechterfüllung nach jenem Vertrag beurteilt werden. Dies spricht für eine Anwendung von § 708.

Jedoch gehört zu den ihm obliegenden Pflichten auch die Treuepflicht der Gesellschafter untereinander.¹¹³⁵ Dieser Treuepflicht muss er gerade bei der Geschäftsführung nachkommen. Wenn eine Geschäftsführungsmaßnahme getätigt wird, die außerhalb der eingeräumten Befugnis liegt und damit gegen die Treuepflicht verstößt, stellt sich daher die Frage, ob überhaupt noch eine Geschäftsführungsmaßnahme vorliegt. Möglicherweise liegt gar nicht die Schlechterfüllung einer Geschäftsführungsmaßnahme vor, sondern überhaupt keine Geschäftsführungsmaßnahme mehr. Dann ist die Anwendbarkeit des § 708 wieder fraglich.

Ein Bezug zum Auftrag wird durch die Verweisung im § 713 angedeutet; ein Bezug zur GoA hingegen ist nicht angelegt. Im Wortlaut deutet nichts auf eine Anwendung der Vorschriften der GoA hin.

Der Wortlaut schafft mithin keine Klarheit; insbesondere ist kein Verweis auf die GoA gegeben.

[b]. Historie/Genetik

Dass grundsätzlich die Haftungserleichterung auf die Geschäftsführung anwendbar sein sollte, ist nach den Materialien unzweifelhaft: der Fall der Geschäftsführung wurde ausdrücklich besprochen.¹¹³⁶ Trotz Bedenken gegen die Haftungsmilderung in diesem Zusammenhang war diese übernommen worden, ohne die Geschäftsführung auszuschließen.¹¹³⁷ Diese gesetzgeberische Entscheidung ist zu respektieren, womit die Haftungserleichterung grundsätzlich auch auf die Geschäftsführung anwendbar ist. Ob sie zudem auf die Überschreitung der Befugnisse anzuwenden ist, erhellt sich jedoch hieraus nicht. Nach den Motiven zum BGB sollte der Gesellschafter nur dann erleichtert haften, wenn er als solcher tätig sei und nicht aufgrund einer Verpflichtung handle, welche nicht dem Gesellschaftsvertrag entspringe.¹¹³⁸ Nun kann aber auch dies keinen Aufschluss über die hier vorliegende Frage bringen, weil einerseits der Gesellschafter in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer handelt, was seiner Pflicht aus dem Gesellschaftsvertrag entspringt; andererseits handelt er gleichzeitig treuwidrig, was dem Gesellschaftsvertrag widerspricht. Die genetische Auslegung liefert gleichfalls kein eindeutiges Ergebnis.

In der Rechtsprechung und Lehre sind inzwischen entweder die Lösung des BGH über das Gesellschaftsrecht oder die Mischlösung der Literatur vorherrschend. Eine gänzliche Ablehnung des § 708 bzw. eine ausschließliche Lösung über die GoA, wie vom RG vorgesehen, wird nicht mehr vertreten. Dies ist weder notwendig noch geboten: schließ-

¹¹³⁵ Schmidt, GesellschaftsR, § 20 IV 1 a), S. 588; § 59 III 1 b) S. 1743; Weger, Haftungsgrundlagen bei kompetenzwidriger Geschäftsführung, S. 142.

¹¹³⁶ Protokolle der zweiten Kommission, Bd. II, S. 419.

¹¹³⁷ Protokolle der zweiten Kommission, Bd. II, S. 420.

¹¹³⁸ Motive zum BGB, Bd. II, S. 601.

lich hält das Gesetz in § 708 eine generelle Regelung bereit. Wenn diese einschlägig ist, muss sie daher vorrangig angewendet werden. Ob diese relevant ist, hängt davon ab, ob man eine befugnisüberschreitende Handlung als gesellschaftsrelevante Handlung sieht. Die Entwicklung von Rechtsprechung und Literatur zeigt, dass erkannt wurde, dass es prinzipiell zwei Anknüpfungspunkte für ein Verschulden gibt (Übernahme und Ausführung) und dass diese jeweils Grund für eine Haftung sein können.

Nach der historischen Auslegung kommt es darauf an, ob man die befugnisüberschreitende Handlung als gesellschaftsinterne Handlung bewertet, damit § 708 einschlägig ist.

[c]. Systematik

Fräglich ist im Rahmen der Systematik, ob ein Vergleich zu den §§ 164 ff. möglich ist, wie ihn das Reichsgericht ursprünglich angestellt hat. Es fallen jedoch schnell grundlegende Unterschiede beider Konstellationen auf: zum einen ist im Verhältnis des Vertreters und des Vertretenen kein abgeschwächter Sorgfaltsmaßstab bestimmt. Dies spricht dafür, dass das Verhältnis dieser Parteien vom Gesetzgeber nicht als so enges personenrechtliches Verhältnis angesehen wurde wie die Gesellschaft. Zum anderen trifft die Rechtsfolge des Handelns des Vertreters diesen selbst grundsätzlich nicht. So kann ein Minderjähriger Vertreter sein (§ 165). Anders bei der Gesellschaft: bei den Personengesellschaften gilt das Prinzip der Selbstorganschaft, weshalb das Handeln des vertretungsberechtigten Gesellschafters auch immer diesen selbst trifft. Schließlich kann die Stellvertretung im Gegensatz zur Geschäftsführung nur eine punktuelle Natur haben, während der Gesellschafter einen viel größeren Handlungsbereich haben wird. Zuletzt werden sich die Geschäfte des Gesellschafters meist in höheren finanziellen Regionen bewegen, als die des Stellvertreters. Da die Konstellationen nicht vergleichbar sind, kann eine Übertragung des Rechtsgedankens des § 164 II nicht geschehen.

Fräglich bleibt also, ob sich aus der Systematik der Vorschriften der GbR etwas ergibt: hier lässt sich zumindest das Problem finden, auf dem die Unsicherheit der Behandlung der Thematik beruht. Bei einer befugnisüberschreitenden Handlung handelt es sich um einen Zwitter; einerseits ist die grundsätzlich vorgesehene Tätigkeit als geschäftsführender Gesellschafter gegeben. Andererseits liegt hierin ein Verstoß gegen die Treuepflichten. In einer Handlung vereinigt sich einmal eine gesellschaftsübliche Komponente und eine gesellschaftsfremde Komponente. Diese besondere Art der Handlung ist nicht explizit in den §§ 705 ff. geregelt. Andere Dinge hingegen sind geregelt: es fällt auf, dass die Erteilung und Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis ausführlich geregelt ist. Zudem existiert ein Widerspruchsrecht, welches aber unabhängig von der Rechtmäßigkeit der Maßnahme ausgeübt werden kann. Das Überschreiten der Befugnisse hingegen findet keine Erwähnung.

Zunächst stellt sich die Frage: was genau ist mit Befugnisüberschreitung eigentlich gemeint? Abstrakt betrachtet ist dies eine Handlung in der Eigenschaft als Geschäftsführer, die die gesetzlichen oder im Gesellschaftsvertrag eingeräumten Rechte überschreitet. Gesetzliche Rechte und Pflichten des Gesellschafters ergeben sich aus einer Verweisung auf das Auftragsrecht (§ 713). Er hat grundsätzlich Vertretungsmacht (§ 714). Eine Be-

fugnisüberschreitung nun ist das Handeln, welches über diese übertragene Macht hinausgeht. Eine Handlung, die dem gesetzlichen oder vertraglichen Leitbild widerspricht, ist aber nach der Systematik des neuen Schuldrechts eine vertragliche Pflichtverletzung, welche nach § 280 zu bewerten ist. Auch die Verletzung der Treuepflicht macht die Handlung nicht zu einer Maßnahme, die nichts mit der Geschäftsführung mehr zu tun hat: schließlich kann diese befugnisüberschreitende Maßnahme nicht von jedem beliebigen Dritten ausgeübt werden, sondern nur von einem Gesellschafter, der grundsätzlich die Macht hat, über Gesellschaftsangelegenheiten zu entscheiden und über Gegenstände zu verfügen. Daher ist eine Schlechtleistung gegeben, die nach § 280 zu behandeln ist.

Auch nach dem alten Schuldrecht war ein Schadensersatz bei Schlechtleistung in Form der pVV gegeben.¹¹³⁹ Das neue Schuldrecht stellt insofern keine Veränderung, sondern an dieser Stelle eine Vereinfachung dar. Da sich in der Sache nichts geändert hat, stellt sich nun auch im Rahmen des § 280 die Frage, ob das Vertretenmüssen des Gesellschafters bei einer solchen Befugnisüberschreitung nach § 708 zu bewerten ist.

Hierzu ist zu ermitteln, was bei der Überschreitung einer Befugnis genau die Pflichtverletzung darstellt. Problematisch ist hier, dass es ausnahmsweise zwei Ansatzpunkte für eine Pflichtverletzung gibt. Man kann diese einerseits in der Entscheidung sehen, die vertragswidrige Handlung vorzunehmen (= Übernahme), andererseits in der vertragswidrigen Handlung selbst (= Ausführung).

[aa]. Übernahme

Die Entscheidung, ob eine Befugnis zum Handeln vorliegt, ist eine Tätigkeit, welche im Rahmen der Geschäftsführung auszuführen ist.¹¹⁴⁰ Dann muss § 708 anwendbar sein. Schließlich ist dieser gerade auf gesellschaftsspezifische Handlungen anwendbar. Wenn bei dieser Entscheidung ein Verstoß gegen die Geschäftsführungsbefugnis vorliegt, kommt es mithin darauf an, ob der geschäftsführende Gesellschafter dies im Rahmen seiner eigenüblichen Sorgfalt erkennen konnte. Konnte er dies nicht, liegt kein Vertretenmüssen vor und eine Haftung gem. § 280 I aufgrund der Pflichtverletzung der Übernahme kommt nicht in Betracht. Konnte er dies allerdings mit seiner eigenüblichen Sorgfalt erkennen, können die Voraussetzungen des § 280 I gegeben sein und der Gesellschafter haftet nach vertraglichen Grundsätzen bereits aufgrund der pflichtwidrigen Entscheidung; auch wenn die Ausführungshandlung an sich ohne Verschulden durchgeführt wurde. Allerdings wird es wohl oft so sein, dass aus der Entscheidung selbst noch kein Schaden resultiert.

[bb]. Ausführung

Falls eine Haftung aus der Entscheidung nicht gegeben ist, ist die Ausführung zu prüfen.

Wenn die Übernahme nicht gegen die eigenübliche Sorgfalt verstieß, so geht der Gesellschafter davon aus, im Rahmen seiner gesellschaftlichen Verpflichtung zu handeln.

¹¹³⁹ MüKo/Ulmer § 706, Rn. 19 (2. Auflage 1986).

¹¹⁴⁰ So auch: BGH BB 1988, 1205 (1206); BGH NJW 1997, 314 (314); Soergel/Hadding § 708 Rn. 5; Bamberger/Roth/Timm/Schöne § 708 Rn. 16; Häuser, FS Kraft, S. 147 (163).

Da es sich immer noch um ein Vertragsverhältnis handelt, in dem mit der vertragswidrigen Handlung gegen eine Pflicht verstoßen wird, ist auch bei Ausführung § 280 zu prüfen. Fraglich ist, ob im Rahmen des § 280 beim Vertretenmüssen der § 708 berücksichtigt werden muss. Hier ist man sich weitgehend einig, dass dann ein gesellschaftsrechtlicher Lösungsweg zu gehen ist und hierbei der Maßstab des § 708 Anwendung finden muss. Hierfür spricht, dass der Gesellschafter bei der Entscheidung die eigenübliche Sorgfalt nicht verletzt hat und daher davon ausgehen wird, noch in seiner Eigenschaft als Gesellschafter zu handeln.

Wenn die Übernahme aber gegen die eigenübliche Sorgfalt verstieß, der Geschäftsführer also wusste oder wissen hätte müssen, dass er gegen die ihm im Gesellschaftsvertrag oder gesetzlich eingeräumte Befugnis handelt, ist umstritten, welche Anspruchsgrundlage einschlägig sein soll. Schon aus der eigenen subjektiven Sicht des Gesellschafters handelt er dann nicht mehr als Gesellschafter. Einerseits könnte § 280 einschlägig sein, da der Gesellschaftsvertrag immer noch besteht und die Gesellschafter als solche noch vertraglich verbunden sind. Andererseits könnte die Situation möglicherweise mit der GoA vergleichbar sein. Dann wäre § 678 die mögliche Anspruchsgrundlage.

Fraglich ist, ob man die GoA überhaupt analog anwenden kann. Hierzu benötigt man eine planwidrige Regelungslücke und eine Vergleichbarkeit der Sachverhalte.¹¹⁴¹

Problematisch ist bereits die planwidrige Regelungslücke. Diese wird teilweise bejaht, da das Gesellschaftsrecht keinen eigenen Haftungstatbestand für den Fall der kompetenzwidrigen Geschäftsführung enthalte und daher die GoA anwendbar sein müsse.¹¹⁴² Allerdings könnte dieser Fall unter § 280 fallen. Ein Schuldverhältnis im Sinne des § 280 I ist gegeben. Die Pflichtverletzung läge in einem Ausführungsverschulden. Allerdings handelt der Gesellschafter bewusst außerhalb dieses Schuldverhältnisses. In anderen vertraglichen Konstellationen kann dies keinen Unterschied machen. Dort ist die vertragliche Haftung in der Regel strenger als die deliktische Haftung. Nur weil sich der Schädiger innerlich von dem Vertrag lossagt, kann er nicht die vertragliche Haftung umgehen. Bei der Gesellschaft ist der Fall indes anders gelagert: hier ist aufgrund der Haftungserleichterung die vertragliche Haftung milder. Die Frage ist nun, ob sich der Gesellschafter hierauf berufen können soll, wenn er treuwidrig handelt. Diese Frage stellt sich aber erst bei der weiteren Prüfung der Haftung; eine Unanwendbarkeit des § 280 kann hieraus nicht geschlossen werden. Daher ist grundsätzlich § 280 I wie bei anderen Schuldverhältnissen auch auf den Schadensersatzanspruch aufgrund Ausführungsverschuldens anwendbar. Fraglich ist jedoch, ob § 708 beim Vertretenmüssen Berücksichtigung finden muss. Da der Gesellschafter schon selbst nicht mehr davon ausgeht, als Gesellschafter zu handeln, darf er sich nicht mehr auf die Haftungsmilderung berufen können; der Zweck der Haftungsmilderung macht deutlich, dass diese in jenem Fall nicht einschlägig sein kann; hierzu gleich mehr.

¹¹⁴¹ Rütters/Fischer, Rechtstheorie, § 23 Rn. 889, S. 553.

¹¹⁴² Weger, Haftungsgrundlagen bei kompetenzwidriger Geschäftsführung, S. 39.

Nach der systematischen Auslegung ist die Regelung über das Gesellschaftsrecht vorzuziehen, wobei bei der Übernahme § 708 einschlägig ist, bei der Ausführung hingegen nicht mehr.

[d]. Telos

Als Sinn und Zweck hinter der Norm des § 708 wurde festgestellt: die Entlastung des unentgeltlich Tätigen und die Förderung der dynamischen Handlungsfähigkeit der Gesellschaft. Daher handelt es sich um eine zumindest teilweise fremdnützige Tätigkeit. Aufgrund des engen persönlichen Vertrauensverhältnisses können sich die anderen Gesellschafter hierauf einstellen.

[aa]. Übernahme

Da die Haftungserleichterung des § 708 für alle Pflichten des Gesellschafters relevant ist, muss sie auch bei der Entscheidung über die Befugnis einschlägig sein. Der Vorgang der Prüfung der Zuständigkeit ist auf jeden Fall im Rahmen der Rechte des Gesellschafters, ja sogar im Rahmen seiner Pflichten. Der Zweck der Haftungserleichterung spricht hierfür: dies dient der Handlungsfähigkeit der Gesellschaft. Weil ein persönliches Vertrauensverhältnis gegeben ist, müssen die Gesellschafter mit der eigenüblichen Sorgfalt des Geschäftsführers vorlieb nehmen. Bei der Prüfung handelt er im Rahmen seiner Aufgaben. Diese Aufgaben wurden ihm von den Mitgesellschaftern zugewiesen. Die enge persönliche Beziehung besteht auf dieser Stufe.

[bb]. Ausführung

Ist bei der Übernahme kein Verstoß gegen die eigenübliche Sorgfalt gegeben, muss dies auch bei der Ausführung berücksichtigt werden. Der Gesellschafter befindet sich nach seinem Dafürhalten im Rahmen seiner Befugnisse. Sein Dafürhalten ist ausnahmsweise für die anderen Gesellschafter relevant, weil der Maßstab vom § 708 dementsprechend definiert wurde.

Ist bei der Übernahme ein Verstoß gegen die eigenübliche Sorgfalt gegeben kann hingegen der § 708 nicht anwendbar sein. Bei der Ausführung ist dann nämlich weder eine Handlungsfähigkeit erforderlich, noch eine teilweise Fremdnützigkeit gegeben; die Gesellschafter müssen zwar mit der eigenüblichen Sorgfalt vorlieb nehmen, das heißt aber nicht, dass sie die Folgen eines bewussten Verstoßes tragen müssen.

[e]. Zusammenfassung

Wortlaut und historische Auslegung schaffen keine endgültige Klarheit: das liegt vor allem daran, dass der Gesellschafter bei Überschreiten der Geschäftsführungsbefugnis einerseits seine grundsätzlich vorgesehene Tätigkeit als geschäftsführender Gesellschafter ausübt; andererseits liegt hierin ein Verstoß gegen die Treuepflichten. In einer Handlung vereinigt sich einmal eine gesellschaftsübliche Komponente und eine gesellschaftsfremde Komponente. Nach systematischen Gesichtspunkten ist dieser Fall gem. § 280 I zu behandeln: hier ergeben sich allerdings zwei Anknüpfungspunkte für das Verschul-

den. Bei der Übernahme muss § 708 anwendbar sein, weil dort noch eine gesellschaftsspezifische Handlung vorliegt. Bei der Ausführung hingegen ist zu unterscheiden: wenn die Übernahme der eigenüblichen Sorgfalt entsprach, richtet sich auch die Ausführung nach dem Maßstab der eigenüblichen Sorgfalt. Hier geht der Gesellschafter davon aus, für die Gesellschaft zu handeln. Für die Mitgesellschafter ist dies tragbar, weil sie sich mit einem anderen Gesellschafter zusammengetan haben, der im Rahmen seiner eigenüblichen Sorgfalt seine Kompetenz fehlerhaft prüft. Wenn die Übernahme hingegen nicht der eigenüblichen Sorgfalt entsprach, ist Anspruchsgrundlage weiterhin § 280 I, da § 678 aufgrund des vorrangigen Vertragsverhältnisses nicht einschlägig ist. Jedoch ist § 708 im weiteren Verlauf nicht mehr anzuwenden. Hier ist der Zweck der Vorschrift nicht mehr einschlägig. Wenn der Gesellschafter wissentlich außerhalb seiner Befugnisse handelt, so muss die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft nicht mehr gewährleistet werden.

dd. Ergebnis

Das Übernahmeverschulden ist gem. §§ 280 I, 708 zu beurteilen.

Das Ausführungsverschulden ist dann nach Gesellschaftsrecht – §§ 280, 708 – zu beurteilen, wenn kein Übernahmeverschulden vorlag. Wenn hingegen ein Übernahmeverschulden vorlag, ist das Ausführungsverschulden nach § 280 zu beurteilen, wobei § 708 keine Anwendung findet.

ee. Zufall

Allerdings ist dieses Ergebnis in einer Fallkonstellation höchst unbefriedigend.

Ein Problem stellt der zufällige Schaden dar: wenn ein Gesellschafter bewusst die Entscheidung getroffen hat, die Geschäftsführungsbefugnis zu überschreiten und dies keinen Schaden nach sich gezogen hat; jedoch die Ausführung einen zufälligen Schaden verursacht hat. Eine Haftung gem. § 280 wäre dann nicht gegeben, weil bei der Übernahme der Schaden und bei der Ausführung das Verschulden fehlt.

Dieses Problem könnte „elegant“ umgangen werden, wenn man gar nicht zwischen Übernahme und Ausführung unterscheiden würde. Dies ist jedoch notwendig, weil das Vertretenmüssen sich auf die Pflichtverletzung bezieht. Diese muss hierzu aber genau definiert sein. Es wurde bereits festgestellt, dass das Vertragsrecht mit § 280 eine Anspruchsgrundlage bereitstellt.

[1]. Regelungslücke

In dieser Anspruchsgrundlage wird der Fall geregelt, in dem ein Schaden von jemandem vertreten werden muss. Allerdings wird der Fall des zufälligen Schadens in § 280 nicht normiert. Das Risiko für Zufall trägt also grundsätzlich derjenige, der den Schaden hat. Das ist in den meisten Fällen vom Gesetzgeber beabsichtigt, weil dieser Person das Rechtsgut, an dem der Schaden entsteht, zugeordnet ist. Diese Person hat auch den Nutzen, den das Rechtsgut mit sich bringt. Ein Schaden soll nur dann auf jemand anderen verlagert werden, wenn diesen eine Schuld am Schaden trifft. In der vorliegenden Fall-

konstellation allerdings stellt sich das Problem, dass zwar Pflichtverletzung und Schaden nicht in einem unmittelbaren kausalen Zusammenhang stehen, aber dennoch zusammen hängen. Bei der Pflichtverletzung bei Übernahme besteht kein Schaden bei der Ausführung besteht keine Pflichtverletzung. Dieser Fall wurde in § 280 nicht bedacht. Daher handelt es sich um eine planwidrige Regelungslücke. Daher muss versucht werden, für diese Konstellation eine Lösung zu finden. Man könnte die Regeln der GoA analog heranziehen.

[2]. Vergleichbarkeit der Sachverhalte

Zunächst einmal fällt auf, dass sowohl die GoA als auch unser Problemsachverhalt mit einer Geschäftsführung zu tun haben. Dies zeigt, dass beide Materien mit einem weiten Begriff operieren. Bei der Personengesellschaft, insbesondere ein einer anderen Erscheinungsform – der oHG beispielsweise – werden unter den Begriff Geschäftsführung wohl vor allem Maßnahmen fallen, die eine finanzielle Auswirkung haben. In der Grundkonstellation der GbR hingegen, wo irgendein gemeinsamer Zweck genügt, kann hierunter jegliches Verhalten verstanden werden, wie bei der GoA.

Die Voraussetzung „ohne Auftrag oder sonstige Berechtigung“ der GoA müsste in ähnlicher Form bei der befugnisüberschreitenden Geschäftsführung vorliegen: wenn die Befugnis überschritten wurde weiß der Gesellschafter, dass er nicht mehr innerhalb des Gesellschaftszweckes handelt, oder zumindest muss er es wissen.

Bei der GoA ist weiterhin ein Fremdgeschäftsführungswille relevant; ein diesem ähnlicher subjektiver Aspekt fehlt auch bei der befugnisüberschreitenden Geschäftsführung wohl meist, wie bei der unberechtigten GoA, weil der Geschäftsführer das Geschäft dann für sich selbst führt. Dann wäre der § 687 II einschlägig. Über diesen könnte dann ein Schadensersatzanspruch wegen Übernahmeverschuldens gem. § 678 geltend gemacht werden. Falls doch ein Fremdgeschäftsführungswille vorliegen sollte ist dies aber jedenfalls gegen den Willen der anderen Gesellschafter, womit man direkt zu § 678 käme. § 678 regelt nämlich genau den Fall, der hier vorliegt: Pflichtverletzung und Schaden beruhen nicht auf demselben Vorgang: die Pflichtverletzung liegt schon in der Übernahme. Ob der Schaden sich erst in der Ausführung verwirklicht und ob der Schaden von jemandem zu vertreten ist, ist irrelevant. Relevant ist nur, dass ein Schaden entsteht und dass eine Pflichtverletzung vorliegt. Deren unmittelbarer Kausalzusammenhang wird ausnahmsweise nicht wichtig.

[3]. Zusammenfassung

Der zufällige Schadenseintritt ist in § 280 nicht geregelt; dies kann insbesondere dann problematisch werden, wenn bei der Pflichtverletzung im Rahmen der Übernahme kein Schaden entsteht, sondern ein Schaden bei der Ausführung entsteht, wo aber keine Pflichtverletzung gegeben ist. Dieser Fall wird in § 678 geregelt: Pflichtverletzung und Schaden beruhen nicht auf demselben Vorgang, so dass dieser hier analog angewendet werden kann.

ff. Ergebnis

Ist der Fall eines zufälligen Schadens nach pflichtwidriger Übernahme bei pflichtgemäßer Ausführung gegeben, so ist die GoA analog heranzuziehen (§ 678). Bei der Geschäftsführung zur Gefahrenabwehr ist § 680 analog anzuwenden.

gg. Endergebnis

Das Übernahmeverschulden im ersten Schritt ist immer gem. §§ 280 I, 708 zu beurteilen. Für das Ausführungsver schulden kommt es hingegen darauf an, ob ein Übernahmever schulden vorlag. Lag dieses vor, so findet § 708 keine Anwendung, lag dieses nicht vor, so wird § 708 angewendet.

Der Fall eines zufälligen Schadenseintrittes ist gem. § 678 analog zu beurteilen. Auch die Geschäftsführung zur Gefahrenabwehr ist gem. § 680 analog zu lösen.

Diese Lösung weicht insofern von der h.M. der Literatur ab, weil ein Schaden bei Vertretenmüssen nach § 280 ersetzt wird und nur bei Zufall nach § 678. Für sich hat dieser Ansatz, dass er sich näher am Gesetz hält und nur in dem Fall, in dem wirklich ein Wertungswiderspruch zu anderen Rechtsgebieten, insbesondere der GoA gegeben wäre, eine Analogie zur Hilfe nimmt.

d. § 1359, § 4 LPartG

Auch in § 1359 und § 4 LPartG ist die Haftung zwischen den Ehegatten/Lebenspartnern auf die eigenübliche Sorgfalt beschränkt. Als Zweck der Vorschriften wird das enge Zusammenleben der Gatten/Partner gesehen.¹¹⁴³ Die Argumente für und gegen die Haftungserleichterung des § 4 LPartG decken sich weitgehend mit denen aus § 1359.¹¹⁴⁴ Fraglich ist, welcher Sinn und Zweck hinter diesen Regelungen steht.

aa. Sinn und Zweck

[1]. Wortlaut

„Die Ehegatten/Lebenspartner haben bei der Erfüllung der sich aus dem ehelichen/lebenspartnerschaftlichen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen einander nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen.“

Auch hier handelt es sich um einen Haftungsmaßstab, der eine mildere Haftung im Vergleich zur sonst üblichen Haftung vorsieht. Dieser soll bei Erfüllung der sich aus dem ehelichen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen anwendbar sein. Die Verpflichtungen, die sich aus der Ehe ergeben sind vielfältig: konkret im Ehe recht geregelt sind vor allem die eheliche Lebensgemeinschaft (§ 1353, § 2 LPartG), die Haushaltsführung (§ 1356), die Schlüsselgewalt (§ 1357, § 8 II LPartG), der Familienunterhalt (§ 1360, § 5 LPartG) und das Güterrecht (§§ 1363 ff., § 6 LPartG). Zwei Gruppen von Verpflichtungen lassen

¹¹⁴³ Heller, der Haftungsmaßstab der „diligentia quam in suis“, S. 34; Diederichsen, VersR 1983, Beiheft, 141 (142); MüKo/Wacke § 4 LPartG Rn. 1.

¹¹⁴⁴ Vgl. Staudinger/Voppel § 4 LPartG Rn. 3.

sich finden: einmal das tatsächliche persönliche Verhältnis; das Zusammenleben und die Haushaltsführung. Zum anderen das monetär geprägte Verhältnis; die Schlüsselgewalt, der Unterhalt und das Güterrecht.

Die ehelichen Pflichten waren allerdings zur Zeit der Schaffung des BGB anders gelagert: insbesondere war das Verständnis der Rollen der Ehepartner anders. An der grundlegenden Idee der Ehe als enge persönliche und wirtschaftliche Lebensgemeinschaft hat sich jedoch nichts geändert. Auch wenn zur Zeit der Schaffung des BGB die Ehe eher noch die Funktion hatte, die Frau finanziell abzusichern, so war die Idee der dauernden Bindung Grundlage dieser Lebensform. Es war immer eine Innenwirkung gegeben, welche auf dem engen Zusammenleben der Partner beruhte. Obwohl also das Verständnis der Ehe und die Rolle der Geschlechter sich grundlegend verändert hat, bestand die Ehe schon immer aus finanziellen und persönlichen Aspekten. Daher kann sich die Haftungsmilderung nach dem weiten Wortlautsinn auf eheliche Pflichten beziehen, welche finanzieller und persönlicher Natur sein können.

Diese zwei Pflichtkategorien umschreiben ein umfassendes Zusammengehörigkeitsverhältnis zwischen den Ehegatten. Die Lebensform der Ehe ist ein enges Verhältnis, welches eine dauernde Bindung an den anderen als Ideal voraussetzt. Es ist die freiwillige Eingehung eines zeitlich unbegrenzten Bundes zwischen zwei Menschen, der finanzielle, praktische und emotionale Aspekte umfasst. In diesem Lebensmodell zu zweit soll die Haftung untereinander gemildert sein. Dieser subjektive Haftungsmaßstab muss daher rühren, dass die Parteien sich kennen, sich freiwillig auf den anderen eingelassen haben und eng mit ihm zusammen leben. Eine strenge Haftung könnte diese enge Lebensgemeinschaft stören. Jeder Ehepartner kann sich in seiner privaten Sphäre so geben, wie es seinem Naturell entspricht, ohne eine Haftung befürchten zu müssen. Dass die Ehegatten „einander“ haften, zeigt, dass eine Gegenseitigkeit gegeben ist, welche von der Innigkeit der Beziehung rührt.

Nach dem Wortlaut ist Sinn und Zweck der Vorschrift, das enge Verhältnis der Ehegatten nicht zu stören, sondern in der privaten Sphäre eine Haftung nach individuellen Grundsätzen zu bestimmen.

[2]. *Historie/Genetik*

Die Anwendung der Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten bei Ehegatten stammt aus dem römischen Recht und bezog sich dort lediglich auf vermögensrechtliche Pflichten.¹¹⁴⁵ Dort war die „dos“, der Beitrag der Ehefrau zum Vermögen, von dem Ehemann verwaltet worden, der hierbei die ihm eigene Sorgfalt anwenden musste.¹¹⁴⁶ So bezog sich die eigenübliche Sorgfalt im ersten Entwurf des BGB auf die Schlüsselgewalt und das Vermögen.¹¹⁴⁷ Dies wurde aus der Natur des ehelichen Verhältnisses gerechtfertigt.¹¹⁴⁸ Nicht

¹¹⁴⁵ Heller, der Haftungsmaßstab der „diligentia quam in suis“, S. 31.

¹¹⁴⁶ Steininger, die deliktische Haftung zwischen Ehegatten, S. 34.

¹¹⁴⁷ Motive zum BGB, Bd. IV, S. 122.

¹¹⁴⁸ Motive zum BGB, Bd. IV, S. 121.

gewollt war eine Ausdehnung der Haftungserleichterung auf Rechtsgeschäfte, welche lediglich in Veranlassung der Ehe entstanden waren.¹¹⁴⁹

Erst die zweite Kommission dehnte die Anwendung der *diligentia quam in suis* auch auf andere eheliche Pflichten aus, indem sie eine Verweisung auf andere Normen als güterrechtliche annahm.¹¹⁵⁰ Allerdings fand eine größere Diskussion hierüber nicht statt oder wurde nicht dokumentiert. Deswegen kann man aber keineswegs sagen, nach der historischen Auslegung sei die Anwendbarkeit der Vorschrift auf das Vermögen beschränkt.¹¹⁵¹ Einvernehmen bestand weiterhin darüber, dass wenn Ehegatten miteinander in gewöhnlichen Rechtsgeschäftlichen Verkehr treten, auch die normalen Sorgfaltsanforderungen gelten sollten.¹¹⁵²

Hauptgrund war also das enge persönliche Verhältnis der Ehepartner.¹¹⁵³ Wenn im ersten Entwurf hauptsächlich die finanzielle Seite von der Haftungsmilderung begünstigt war, so wurde dies durch die zweite Kommission auf die persönliche Ebene ausgedehnt. Daher rechtfertigt aus genetischer Sicht das enge persönliche Lebensverhältnis und die Verflechtung der finanziellen Interessen eine Erleichterung der Haftung. Dennoch wurde in der früheren Literatur teilweise eine Anwendbarkeit nur in Bezug auf das Vermögen erörtert.¹¹⁵⁴

In der Literatur werden später verschiedene Gründe für die Haftungsbegrenzung gesehen: für die Haftungserleichterung spreche, dass unter den Ehepartnern ein Vertrauen herrscht, welches nicht an standardisierte Fähigkeiten anknüpft.¹¹⁵⁵ Der Haftungsmaßstab zwischen den Partnern solle nicht überspannt werden; vielmehr sei der § 1359 die Kehrseite zu den Pflichten aus § 1353.¹¹⁵⁶ Gerade Ehegatten wollten sich nehmen, wie sie seien.¹¹⁵⁷ Dieser Vertrauensgrundsatz finde sich auch in anderen Normen, nach denen Entscheidungen grundsätzlich gemeinsam getroffen werden sollen und das Zusammenleben in häuslicher Gemeinschaft ermöglicht werden soll.¹¹⁵⁸ Dieses Zusammenleben in enger und inniger Verbundenheit¹¹⁵⁹ sei „die engste Gemeinschaft [...], die unsere Kultur kennt“.¹¹⁶⁰ Die Angelegenheiten eines Partners seien zwangsläufig dem Einfluss des anderen Partners ausgesetzt.¹¹⁶¹ Die Familie sei eine Schicksals – und Haftungsgemeinschaft,¹¹⁶²

¹¹⁴⁹ Motive zum BGB, Bd. IV, S. 122.

¹¹⁵⁰ Protokolle der zweiten Kommission, Bd. IV, S. 109.

¹¹⁵¹ So aber: Böhmer, MDR 1965, (712) 713; Steininger, Die deliktische Haftung zwischen Ehegatten, S. 68.

¹¹⁵² Protokolle der zweiten Kommission, Bd. IV, S. 109.

¹¹⁵³ Motive zum BGB, Bd. IV, S. 121.

¹¹⁵⁴ Windscheid/Kipp III § 508, S. 44.

¹¹⁵⁵ Heller, der Haftungsmaßstab der „*diligentia quam in suis*“, S. 34.

¹¹⁵⁶ Staudinger/Voppel § 1359 Rn. 6, 7.

¹¹⁵⁷ Diederichsen, VersR 1983, Beiheft, 141 (142).

¹¹⁵⁸ Heller, der Haftungsmaßstab der „*diligentia quam in suis*“, S. 36.

¹¹⁵⁹ Böhmer NJW 1959, 1713 (1714).

¹¹⁶⁰ Clauß, NJW 1959, 1408 (1410).

¹¹⁶¹ Staudinger/Voppel § 1359 Rn. 6.

¹¹⁶² Diederichsen, VersR 1983, Beiheft, 141 (142).

die nicht mit gegenseitigen Klagen behelligt werden solle, sondern als privater Rückzugsbereich verschont werden solle.¹¹⁶³ Aus partnerschaftlicher Solidarität sei die Geltendmachung von Schadensersatz unangemessen.¹¹⁶⁴ Zudem würden etwaige dennoch nötige Ansprüche durch die Ansprüche des Unterhaltsrechtes aufgefangen.¹¹⁶⁵

Die Gegner der Vorschrift des § 1359 stellen genauso wie die Befürworter auf das besondere Vertrauensverhältnis ab; nur dass hieraus der Schluss gezogen wird, dass gerade so eng vertraute Menschen einander zu besonderer gegenseitiger Sorgfalt verpflichtet seien.¹¹⁶⁶ Die vernachlässigte Eigenliebe mindere nicht die Pflicht zur Partnerliebe.¹¹⁶⁷ Es könne nicht angehen, dass ein Partner dem Gatten nach der eigenüblichen, dem oder der Geliebten nach der im Verkehr üblichen Sorgfalt zu haften habe.¹¹⁶⁸ Zudem sei die Norm durch die geschichtliche Auslegung auf das Vermögen beschränkt.¹¹⁶⁹ Des Weiteren habe der Gesetzgeber nicht an gemeinsame Autofahrten gedacht;¹¹⁷⁰ die Relevanz der Vorschrift sei in der Praxis vor allem bei der Bemessung der Schadensersatzschuld Dritter gegeben.¹¹⁷¹ Dies sei gegenüber dem Dritten ohne gerechten Grund.¹¹⁷² Die letztgenannten Gründe, durch die der Norm ihre Berechtigung abgesprochen wird, beziehen sich indes vor allem auf einzelne Anwendungsfälle. Da die Norm aber geltendes Recht ist, muss man grundsätzlich von einer Anwendbarkeit ausgehen. In einzelnen Bereichen kann dies möglicherweise Modifikationen unterliegen; dies jedoch ist eine Frage des Anwendungsbereiches, was später erörtert werden soll. Grundsätzlich kann festgestellt werden, dass in der Literatur das enge Vertrauensverhältnis als Grund für die Haftungsbegrenzung gesehen wird.

[3]. Systematik

Es wurde bereits festgestellt, dass die Eheleute einerseits finanziell miteinander verbunden sind (Schlüsselgewalt, Unterhalt und Güterrecht). Andererseits handelt es sich auch um ein tatsächliches persönliches Verhältnis (Zusammenleben und Haushaltsführung). Die Ehegatten sind miteinander tatsächlich persönlich und finanziell verflochten.

Die Haftung ist Mittel, um ein Risiko zu verteilen. Dieses Risiko wirkt sich meist finanziell aus, weil ein Anspruch in Geld gegeben ist. Die Haftungsmilderung bewirkt nun, dass unabhängig von der Verursachung die geschädigte Partei ausnahmsweise das Risiko eines leicht fahrlässigen Schadens tragen muss, wenn er innerhalb der eigenüblichen Sorgfalt der handelnden Partei lag. In der Ehe ist es aber so, dass auch auf finanziel-

¹¹⁶³ MüKo/Roth § 1359 Rn. 4.

¹¹⁶⁴ Heller, der Haftungsmaßstab der „diligentia quam in suis“, S. 33.

¹¹⁶⁵ Diederichsen, VersR 1983, Beiheft, 141 (142).

¹¹⁶⁶ Rother, Haftungsbeschränkungen im Schadensrecht, S. 193.

¹¹⁶⁷ MüKo/Wacke § 1359 Rn. 4. (4. Auflage).

¹¹⁶⁸ Rother, Haftungsbeschränkungen im Schadensrecht, S. 193.

¹¹⁶⁹ Böhmer, MDR 1965, (712) 713.

¹¹⁷⁰ Rother, Haftungsbeschränkungen im Schadensrecht, S. 193.

¹¹⁷¹ Rother, Haftungsbeschränkungen im Schadensrecht, S. 193.

¹¹⁷² Rother, Haftungsbeschränkungen im Schadensrecht, S. 194.

ler Ebene eine Verflechtung besteht; daher macht es im Innenverhältnis möglicherweise gar keinen Unterschied, ob die Haftung gegeben ist, oder nicht. Dies wird wohl gemeint, wenn gesagt wird, die Familie sei eine Schicksals – und Haftungsgemeinschaft. Dass im Gegensatz zur Regel ein subjektiver Maßstab ausschlaggebend ist, beruht auf der Tatsache, dass sich die Parteien kennen und sich freiwillig miteinander verbunden haben. Hier ist ein Handeln im privaten Bereich gegeben. Es soll das Zusammenleben in der häuslichen Gemeinschaft ermöglicht werden, ohne dass ein Ehepartner sich im privaten Bereich „verstellen“ muss.

Wenn kritisiert wird, eine andere Haftung als gegenüber einem Geliebten/einer Geliebten gelte,¹¹⁷³ wird übersehen, dass die Ehe ein rechtsverbindliches Institut ist, bei dem eine finanzielle und persönliche Verflechtung gegeben ist, das muss bei einer Geliebten oder einem Geliebten nicht der Fall sein.

Insgesamt zeigt die systematische Auslegung dass die finanzielle Verflechtung eine tatsächlich relevante Risikoumverteilung in diesem Falle gar nicht bewirken muss. Maßgeblich ist durch die persönliche Verflechtung auf der Seite des Geschädigten, dass dieser den Partner kennt und sich freiwillig mit ihm verbunden hat, während der Schädiger sich im rein privaten Bereich seinen eigenen Gepflogenheiten entsprechend verhalten kann.

[4]. Zusammenfassung

Nach dem Wortlaut ist Sinn und Zweck der Vorschrift, das enge Verhältnis der Ehegatten nicht zu stören, sondern in der privaten Sphäre eine Haftung nach individuellen Grundsätzen zu bestimmen. Aus historischer Sicht rechtfertigt das enge persönliche Lebensverhältnis und die Verflechtung der finanziellen Interessen eine Erleichterung der Haftung. Dies bestätigt die systematische Auslegung, die zeigt, dass die Risikoumverteilung, welche eine Haftungsmilderung grundsätzlich bewirkt, hier tatsächlich gar nicht gegeben ist, weil das Risiko ohnehin von der Familie als Gemeinschaft getragen wird. Der private Bereich soll den Beteiligten überlassen werden, sie können sich verhalten, wie sie es gewohnt sind, was der Gegenüber weiß, weil er den anderen kennt.

bb. Ergebnis

Die Vorschrift ist aus Sicht des Gesetzgebers deswegen gerechtfertigt, weil die Ehegatten ein so enges Verhältnis haben. Dieses Verhältnis ist einerseits persönlicher Natur, andererseits gibt es auch intensive finanzielle Verflechtungen. Das finanzielle Risiko einer Haftung wird von den Ehepartnern als Lebensgemeinschaft getragen. Ihnen wird im privaten Bereich ein ungezwungenes Verhalten ermöglicht.

¹¹⁷³ Rother, Haftungsbeschränkungen im Schadensrecht, S. 193.

cc. Nichtehelele Lebensgemeinschaft

Auch besteht weitgehend Einigkeit darüber, bei der nichtehelele Lebensgemeinschaft den verminderten Sorgfaltsmaßstab des § 277 anzuwenden.¹¹⁷⁴ Eine Gleichstellung zumindest im Hinblick auf den § 1359 sei angemessen, da dort „nicht die Ehe als Rechtsinstitut, sondern die Hausgemeinschaft oder gar emotionale Verbundenheit Anknüpfungspunkt von Rechtsfolgen sind“.¹¹⁷⁵ Zudem sei eine Nichtanwendung dieser Vorschrift eine nicht gewollte Besserstellung der nicht ehelichen Lebensgemeinschaft gegenüber Ehepartnern.¹¹⁷⁶ Auch könne in der nichtehelele Lebensgemeinschaft eine der Ehe bzw. der Gesellschaft ähnliche Gemeinschaft gesehen werden, so dass eine Anwendung des Gedankens der §§ 1359, 708 angebracht sei.¹¹⁷⁷

Hier ist zu erörtern, ob eine Gesetzeslücke gegeben ist, so dass eine analoge Anwendung des § 1359, § 4 LPartG in Frage kommt. Dies ist dann der Fall, wenn eine Vergleichbarkeit der Sachverhalte vorliegt.

[1]. Gesetzeslücke

Die nichtehelele Lebensgemeinschaft ist gar nicht im bürgerlichen Recht geregelt. Da nicht einmal vereinzelte Regeln bestehen, kann von einem absichtlichen Schweigen des Gesetzes nicht ausgegangen werden. Tatsächlich ist es so, dass die Form der nichtehelele Lebensgemeinschaft immer verbreiteter wird und daher ein Bedürfnis besteht, Regeln hierfür zu haben.

[2]. Vergleichbarkeit der Sachverhalte

Bei der nichtehelele Lebensgemeinschaft handelt es sich in ihrer tatsächlichen Ausprägung – meist – um eine eheähnliche Gemeinschaft. Zwar wurde das Zusammensein nicht für die Zukunft ausdrücklich versprochen, wie bei der Ehe; allerdings besteht meist die gleiche persönliche und finanzielle Verstrickung der Partner miteinander. Zwar gehen die Partner einer nichtehelele Lebensgemeinschaft keine so enge rechtliche Bindung ein wie die Ehepartner, doch besteht faktisch eine ebenso enge Bindung. Dieser Lebensentwurf ist heute gesellschaftlich als eheähnlich akzeptiert und stellt tatsächlich eine eheähnliche Form dar. Daher ist eine Vergleichbarkeit der Sachverhalte gegeben und die Haftungsmilderung kann analog angewendet werden.

Ob sich hieraus jedoch eine Besserstellung oder Schlechterstellung der Partner ergibt, hängt vom Standpunkt ab. Für den verletzenden Partner ist die Norm sicherlich besser, für den Verletzten eher schlechter. Zudem wurde bereits festgestellt, dass aufgrund der engen auch finanziellen Gemeinschaft die finanzielle Auswirkung ohnehin innerhalb der Ehe bzw. eheähnlichen Gemeinschaft verbleibt. Daher ist dies mit dem im Grundgesetz

¹¹⁷⁴ Staudinger/Löwisch/Caspers § 277 Rn. 4; MüKo/Roth § 1359 Rn. 8; Soergel/ Wolf § 277 Rn. 2; Erman/Westermann § 277 Rn. 1; Erman/Kroll-Ludwigs § 1359 Rn. 3; OLG Celle, NZV 1993, 187 (187).

¹¹⁷⁵ Diederichsen, FamRZ 1988, 889 (891).

¹¹⁷⁶ Bosch, FamRZ 1986, 676 (676, 677); Diederichsen, FamRZ 1988, 889 (890).

¹¹⁷⁷ Staudinger/Voppel § 1359 Rn. 8a.

vorgesehenen Schutz der Familie zu vereinbaren. Zudem werden diese weiterhin in vielen Gebieten anders behandelt als die nichteheliche Lebensgemeinschaft (Beispiel: Steuerliche Vergünstigungen).

dd. Getrennt Lebende

Die noch herrschende Meinung will § 1359 auch bei getrennt Lebenden anwenden.¹¹⁷⁸ Jedoch wird dies mit guten Argumenten abgelehnt, weil es dann an dem engen persönlichen Verhältnis fehle¹¹⁷⁹ und keine häusliche Gemeinschaft mehr bestehe, so dass die besondere Gefahr der Schädigung durch den anderen weggefallen sei.¹¹⁸⁰ In der Tat besteht in persönlicher Hinsicht keine enge Verwobenheit mehr. In finanzieller Hinsicht mag eine gewisse Verbindung noch gegeben sein; diese ist jedoch in der Auflösung. Die reibungslose Auflösung sollte nicht durch eine Haftungsregelung erschwert werden. Es sollte § 1359 bei getrennt Lebenden grundsätzlich keine Anwendung mehr finden. Im Einzelfall kann eine Verstrickung aber noch vorliegen.

e. § 1664

Auch § 1664 befand sich bereits im ursprünglichen BGB. Auf diesen wird in § 1793 I 3 verwiesen, wenn das Mündel auf längere Dauer in den Haushalt des Vormunds aufgenommen ist.

Zunächst soll der Sinn und Zweck des § 1664 ermittelt werden:

aa. Sinn und Zweck

[1]. Wortlaut

„Die Eltern haben bei der Ausübung der elterlichen Sorge dem Kind gegenüber nur für die Sorgfalt einzustehen, die sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen.“

Auch hier besteht ein subjektiver Verschuldensmaßstab der Eltern. Mit Eltern in diesem Sinne sind Personen gemeint, denen die elterliche Sorge zusteht. Diese elterliche Sorge wird in § 1626 legal definiert und besteht aus der Personen – und der Vermögenssorge. Die Personensorge wird in § 1631 ff. näher umschrieben. Es sind die Pflege, die Erziehung, die Beaufsichtigung und der Aufenthalt genannt. Unter die Vermögenssorge fällt gem. §§ 1629, 1638 ff. die rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht und die Verwaltung des Kindesvermögens. Die Verwaltung erfolgt im Rahmen der Zumutbarkeit unentgeltlich.¹¹⁸¹ Hier wird eine enge Verbindung zwischen Eltern und Kind deutlich: zum einen haben die Eltern die Sorgeberechtigung, sie können also nach ihrem Willen bestimmen. Zum anderen haben die Eltern aber auch die Sorgeverpflichtung; durch das Gesetz werden zahlreiche Pflichten benannt, denen sie zum Wohl des Kindes nachkommen müs-

¹¹⁷⁸ Soergel/Lange § 1359 Rn. 2; Erman/Kroll-Ludwigs § 1359 Rn. 3.

¹¹⁷⁹ Staudinger/Voppel § 1359 Rn. 14.

¹¹⁸⁰ MüKo/Roth § 1359 Rn. 8.

¹¹⁸¹ Palandt/Diederichsen § 1626 Rn. 17.

sen. Die Haftungserleichterung nun korrespondiert mit diesen zahlreichen Rechten und Pflichten. Der, der die elterliche Sorge ausübt, soll nicht mit einer seinen subjektiven Gepflogenheiten widersprechenden Haftung beschwert werden. Zudem geht das Gesetz davon aus, dass Eltern und Kind in häuslicher Gemeinschaft zusammen leben. Das zeigt sich in § 1671, wo das getrennt Leben der Eltern geregelt wird: dort kann beantragt werden, dass die elterliche Sorge einem Elternteil alleine zusteht. Die häusliche Gemeinschaft ist mithin auch ein Punkt, der für die Haftungsmilderung relevant ist. Zwischen den Eltern und dem Kind besteht ein Abhängigkeitsverhältnis; das Kind kann nicht für sich alleine Handeln, sondern ist auf die Eltern angewiesen. Daher gibt es aber daneben zahlreiche Vorschriften zum Schutz des Kindes.¹¹⁸² In der Haftungserleichterung kann man daher spiegelbildlich eine Vorschrift zum finanziellen Schutz der Eltern sehen.

Dem Wortlaut nach beruht die Haftungsmilderung daher auf der engen persönlichen Verbindung zwischen Eltern und Kind, die auch in häuslicher Gemeinschaft miteinander leben. Im privaten Bereich sollen die Eltern ihren Gepflogenheiten entsprechend handeln dürfen. Die Haftungserleichterung ist Gegenpol zu den zahlreichen Pflichten der Eltern.

[2]. *Historie/Genetik*

Die Haftungsmilderung des § 1664 war im ersten Entwurf noch nicht vorgesehen gewesen; dort war eine Haftung nach objektiven Grundsätzen für die Sorgfalt des ordentlichen Hausvaters gegeben.¹¹⁸³ Es war gewollt, dass der Erziehungsberechtigte, soweit er die Stellung eines gesetzlichen Vormundes hat, wie der Vormund, wenn er Nießbraucher sei, wie ein solcher hafte¹¹⁸⁴ – also ohne Haftungsmilderung. Nach anderen damals geltenden Rechtsordnungen war eine Haftung für die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten vorgesehen gewesen;¹¹⁸⁵ zunächst entschied man sich jedoch dafür, den Vater mit dem Vormund und dem Nießbraucher gleich zu stellen, da ein ausreichender Grund, dieses Prinzip zu durchbrechen, nicht gesehen wurde.¹¹⁸⁶

Die zweite Kommission hingegen führte die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten ein. Dies beruhte hauptsächlich auf der Erwägung, dass dies dem preußischen allgemeinen Landrecht entspreche.¹¹⁸⁷ Eine intensive Diskussion ist nicht dokumentiert.

Die Haftungsmilderung war nach dem ursprünglich Wortlaut des BGB bei der Ausübung der „elterlichen Gewalt“ anwendbar gewesen. Diese elterliche Gewalt bestand in der Personen – und Vermögenssorge und der Nutzziehung aus dem Kindesvermögen.¹¹⁸⁸ Daher war die frühere elterliche Gewalt eine ähnliche Materie wie die heutige „elterliche Sorge“. Da die wesentlichen Bestandteile der Personen – und Vermögenssorge aber

¹¹⁸² Beispielsweise: §§ 1643, 1666, ...

¹¹⁸³ Motive zum BGB, Bd. IV, S. 745.

¹¹⁸⁴ Motive zum BGB, Bd. IV, S. 745.

¹¹⁸⁵ Motive zum BGB, Bd. IV, S. 745.

¹¹⁸⁶ Motive zum BGB, Bd. IV, S. 746.

¹¹⁸⁷ Protokolle der zweiten Kommission, Bd. IV, S. 561.

¹¹⁸⁸ Jakobs/Schubert, FamR II, S. 539.

im Kern gleich geblieben sind, ist davon auszugehen, dass der normändernde Gesetzgeber keine grundlegenden Änderungen des Normzweckes beabsichtigte. Daher können zur Ermittlung des Normzweckes die Materialien zum BGB herangezogen werden, obwohl der Wortlaut verändert ist.

Da sich bei Etablierung der Vorschrift am Ende die Erwägung der Gleichstellung mit dem Vormund und Nießbraucher nicht durchsetzte, ist zu ermitteln, worin der Unterschied zu den Eltern besteht. Zwischen den Eltern und dem Kind besteht eine wesentlich engere Bindung als zwischen Vormund und Kind oder Nießbraucher und Besteller. Hier ist in der Regel eine emotionale Nähe gegeben. Aber auch räumlich leben die Kinder mit den Eltern gemeinsam in einem Haushalt, während dies bei dem Vormund nicht der Fall ist. Daher soll die enge persönliche Bindung nicht mit einer Haftung für leichte Fahrlässigkeit belastet werden. Zudem sollen sich die Eltern im privat-häuslichen Bereich geben können, wie sie sind, ohne eine Haftung befürchten zu müssen. Nach der genetischen Auslegung beruht die Haftungsmilderung auf der emotionalen und räumlichen Nähe von Eltern und Kindern. Im privaten Bereich können die Eltern sich ihren Gewohnheiten entsprechend bewegen.

Dennoch wurde hier in der frühen Literatur vor allem eine Anwendbarkeit auf die Vermögenssorge erörtert.¹¹⁸⁹ Die heutige Rezeption des Zweckes ist in der Literatur gespalten. Für die Vorschrift des § 1664 spreche die besonders enge Verbundenheit, das familiäre Vertrauensverhältnis.¹¹⁹⁰ Die Familiengemeinschaft sei eine Schicksalsgemeinschaft,¹¹⁹¹ so dass eine schärfere Haftung nicht angemessen sei. Zudem seien die Eltern Sachwalter des Kindes, deren Taten durch die Personen – und Vermögenssorge für das Kind mit den Interessen des Kindes verknüpft.¹¹⁹² Durch diese Verwobenheit der Interessen sei eine Trennung der Angelegenheiten von Eltern und Kindern nicht durchführbar.¹¹⁹³ Daher sei eine Gefährdung von Kindesinteresse zugleich eine Gefährdung der eigenen Interessen.¹¹⁹⁴ In finanzieller Hinsicht haben die Eltern für die Kinder erhebliche Aufwendungen gemacht, was rechtfertige, dass Schadensersatzansprüche verwehrt werden.¹¹⁹⁵ Der innerfamiliäre Friede solle so wenig wie möglich gestört werden.¹¹⁹⁶ Zudem bestünden ausreichende Unterhaltsansprüche, die die Vorschrift abfedern würden.¹¹⁹⁷ Schließlich wäre eine Geltendmachung von derartigen Schadensersatzansprüchen für den „erstrebten Familienfrieden“ unvorteilhaft.¹¹⁹⁸

¹¹⁸⁹ Windscheid/Kipp III § 517, S. 81; Enneccerus, Bürgerliches Recht, Bd II 2, § 80, S. 313.

¹¹⁹⁰ Esser/Schmidt, SchuldR Bd I AT 2, § 26 II 3 b, S. 90.

¹¹⁹¹ Soergel/Strätz § 1664 Rn. 2.

¹¹⁹² Heller, der Haftungsmaßstab der „diligentia quam in suis“, S. 41, 42.

¹¹⁹³ Heller, der Haftungsmaßstab der „diligentia quam in suis“, S. 42.

¹¹⁹⁴ Heller, der Haftungsmaßstab der „diligentia quam in suis“, S. 42.

¹¹⁹⁵ Heller, der Haftungsmaßstab der „diligentia quam in suis“, S. 43.

¹¹⁹⁶ MüKo/Huber § 1664 Rn. 2.

¹¹⁹⁷ Hauss, FS Möhring, S. 345 (356); Diederichsen, VersR 1983, Beiheft, 141 (142).

¹¹⁹⁸ Diederichsen, VersR 1983, Beiheft, 141 (142).

Die Gegner der Vorschrift stellen auch auf die besondere Beziehung ab, woraus sie aber – wie bei Ehegatten – folgern, dass eher ein erhöhtes Maß an Sorgfalt angemessen sei.¹¹⁹⁹ Wertungsmäßig sei die Vorschrift bedenklicher als die des § 1359, da „Kinder sich ihre Eltern nicht aussuchen“ können und dass das Kind von den Eltern abhängig sei.¹²⁰⁰ Andere sagen, der Gesetzgeber habe vor allem an die Verwaltung von Kindesvermögen gedacht und die Problematik eines Kfz-Unfalles beispielsweise nicht gesehen.¹²⁰¹

Nach der historischen Auslegung steht die enge persönliche Beziehung im Mittelpunkt, die eine Verwobenheit der Kindes – und Elterninteressen bewirkt.

[3]. Systematik

Die Stellung bei der elterlichen Sorge unterstützt das bisher Gesehene. Eine Haftungsmilderung, welche auf die Pflichten, die aus der elterlichen Sorge entstehen, anwendbar ist, stellt einen Gegenpol zu diesen Pflichten dar.

Im Vergleich mit den Eheleuten werden aber wesentliche Unterschiede sichtbar: hier haften Eltern und Kinder nicht einander im Gegenseitigkeitsverhältnis nur für die eigenübliche Sorgfalt. Zwar ist denkbar, dass dieser Unterschied auf der Tatsache beruht, dass Kinder erst ab einem gewissen Alter haftbar sind (§ 828). Jedoch ist zum einen davon auszugehen, dass die Kinder auch wenn eine Haftbarkeit gegeben ist noch im Familienverband leben können. Zum anderen ist eine solche Haftungserleichterung für keine andere Person vorgesehen; etwa Geschwister untereinander oder Großeltern den Kindern gegenüber. Obwohl diese Personengruppen beim Umgangsrecht ausdrückliche Erwähnung finden (§ 1685). Dies spricht dafür, dass die Position der Eltern gegenüber dem Kind eine Besonderheit darstellt. In diesem Verhältnis bestehen umfangreiche Pflichten der Eltern. Die Haftungsmilderung kann daher als Korrelat zu den Pflichten gesehen werden; sie ist eine Entlastung bei und wegen der sonstigen umfangreichen Pflichten. Daher kann nicht gesagt werden, die Haftungsmilderung sei deshalb bedenklich, weil die Kinder sich die Eltern nicht ausgesucht haben. Zwar stimmt dies; jedoch beruht die Haftungserleichterung nicht wie bei der Ehe dem gleichberechtigten und gewählten Zusammenleben, sondern auf dem engen tatsächlichen Zusammenleben und den umfangreichen Pflichten der Eltern. Dass das enge Zusammenleben und das Sorgen der Eltern für das Kind die wesentlichen Faktoren sind, zeigt sich gleichermaßen im Verweis des § 1793 I 3 auf § 1664: dort wird bei längerer Aufnahme des Mündels in den Haushalt des Vormundes die Haftungsmilderung für anwendbar erklärt. Denn dann ist auch bei der Vormundschaft eine ähnlich enge private Beziehung zwischen den Akteuren gegeben. Allerdings ist bei Eltern und Kind keine den Eheleuten ähnliche Gleichberechtigung gegeben. Vielmehr ist eine „Leistung“ der Eltern ähnlich dem Gesellschafter gegeben. Im Unterschied zu den Gesellschaftern spielt sich eine Haftungssituation wie bei den Eheleuten im privaten Bereich ab, so dass die Erwägung, dass sich die Eltern im privaten Be-

¹¹⁹⁹ Rother, Haftungsbeschränkungen im Schadensrecht, S. 193.

¹²⁰⁰ MüKo/Huber § 1664 Rn. 2; Staudinger/Engler § 1664 Rn. 5.

¹²⁰¹ Rother, Haftungsbeschränkungen im Schadensrecht, S. 195.

reich frei bewegen können sollen, hier auch zutrifft. Wie bei den Eheleuten bleibt die Haftung sozusagen ohnehin in der Familie. Zwar können die Eltern das Kindesvermögen nicht für sich verwenden; jedoch müssen sie dem Kind Unterhalt leisten und so bei Verletzungen indirekt aufkommen. Die Haftungsmilderung kann daher als Korrelat zu den Pflichten gesehen werden; sie ist eine Entlastung bei und wegen der sonstigen umfangreichen Pflichten. Andererseits soll sie den Eltern eine Bewegungsfreiheit im privaten Bereich ermöglichen.

[4]. Zusammenfassung

Dem Wortlaut nach beruht die Vorschrift auf der engen Eltern-Kind-Beziehung. Die historische Auslegung ergibt, dass die enge Beziehung in emotionaler und in räumlicher Hinsicht gegeben ist. Die Systematik ergibt, dass die Haftungsprivilegierung ein Gegenpol zu den Pflichten der Eltern ist und dass durch sie das private Zusammenleben ohne Haftungsrisiken ermöglicht werden soll.

bb. Ergebnis

Sinn und Zweck der Vorschrift ist es, eine Entlastung bei und wegen der zahlreichen Pflichten der Eltern zu gewähren. Aufgrund der räumlichen und emotionalen Nähe soll ein ungezwungenes Zusammenleben, frei von Haftungsrisiken, ermöglicht werden.

cc. Aufsichtspflichtverletzung

Streitig ist, ob bei Verletzung der Aufsichtspflicht der Maßstab des § 1664 anwendbar ist.

[1]. § 1664 nicht anwendbar

Einer Ansicht nach soll § 1664 nicht anwendbar sein,¹²⁰² weil die Aufsichtspflicht als Kernstück der elterlichen Sorge nicht durch eine Haftungsprivilegierung ihres Anwendungsbereiches beraubt werden könne.¹²⁰³ So auch die Obergerichtliche Rechtsprechung früher.¹²⁰⁴ Die Wichtigkeit der Aufsichtspflicht bestehe vor allem darin, dass die persönliche Unversehrtheit des Kindes Bestandteil sei.¹²⁰⁵ § 1664 sei vor allem dann anwendbar, wenn die Eltern auch in eigenen Angelegenheiten handelten, während die Aufsichtspflicht ausschließlich zugunsten des Kindes bestehe.¹²⁰⁶ Für die Bewertung der eigenüblichen Sorgfalt der Aufsichtspflicht fehle es bereits an eigenen vergleichbaren Aufgaben der Eltern.¹²⁰⁷ Zudem sei die Eltern-Kind-Beziehung nicht durch einen „voluntativen Akt“ eingegangen worden, wie die Beziehungen bei §§ 1359, 708; hier bestehe eine einseitige In-

¹²⁰² Staudinger/Engler § 1664 Rn. 33; Bamberger/Roth/Veit § 1664 Rn. 3; Sundermann, JZ 1989, 927 (934).

¹²⁰³ Staudinger/Engler § 1664 Rn. 33.

¹²⁰⁴ RGZ 75, 251 (253). OLG Karlsruhe, VersR 1977, 232 (233); OLG Stuttgart VersR 1980, 952 (952); OLG Karlsruhe, VersR 1982, 450 (452).

¹²⁰⁵ Staudinger/Engler § 1664 Rn. 33.

¹²⁰⁶ Staudinger/Engler § 1664 Rn. 33.

¹²⁰⁷ Sundermann, JZ 1989, 927 (934).

teressensbewertung ausschließlich zu Lasten des Kindes.¹²⁰⁸ Die Eltern seien verpflichtet das Kind insbesondere im Straßenverkehr zu schützen.¹²⁰⁹ Da im Straßenverkehr eine Anwendbarkeit der eigenüblichen Sorgfalt nicht angebracht sei, gelte dies gleichermaßen für Aufsichtspflichtverletzungen, deren Gehalt mit der Relativierung der Pflichten nicht vereinbar seien.¹²¹⁰

[2]. § 1664 anwendbar

Anderer Ansicht nach müsse § 1664 Anwendung bei Aufsichtspflichtverletzungen finden.¹²¹¹

Diese Ansicht ist auch in der Rechtsprechung im Vordringen;¹²¹² teilweise sogar unter ausdrücklicher Abkehr zu früheren Entscheidungen.¹²¹³ Bereits der Wortlaut schließe eine solche Anwendung nicht aus.¹²¹⁴ Gerade die Tatsache, dass es sich hierbei um ein Kernstück der elterlichen Sorge handele, spreche dafür, dass der allgemeine Haftungsmaßstab anzuwenden sei.¹²¹⁵ Wenn ein so zentraler Bereich ausgenommen werden soll, müsse dies gesetzlich angeordnet werden.¹²¹⁶ Hierfür spreche auch, dass § 1664 im Deliktsrecht gelte; daher könne bei Aufsichtspflichtverletzungen nichts anderes gelten.¹²¹⁷

[3]. Würdigung

[a]. Wortlaut

Im Wortlaut des § 1664 ist von der elterlichen Sorge die Rede. Diese beinhaltet nach der Legaldefinition des § 1626 I auch die Personensorge. Diese ist in § 1631 I unter anderem näher beschrieben als Pflicht das Kind zu beaufsichtigen. Obwohl das Verb beaufsichtigen gewählt ist, entspricht dies im Sinn dem Substantiv Aufsichtspflicht; hier handelt es sich zwar um einen juristisch geprägten Begriff, dies ist jedoch ebenso bei „beaufsichtigen“ der Fall. Der Wortlaut spricht mithin klar für eine Anwendbarkeit der Haftungsleichterung auf eine Aufsichtspflichtverletzung.

[b]. Historie/Genetik

In den Materialien wird hierzu direkt keine Stellung genommen. Allerdings war bereits in der Redaktionsvorlage vorgesehen gewesen, dass die Personensorge die Aufsicht über

¹²⁰⁸ Sundermann, JZ 1989, 927 (934).

¹²⁰⁹ Staudinger/Engler § 1664 Rn. 33.

¹²¹⁰ Bamberger/Roth/Veit § 1664 Rn. 3.

¹²¹¹ MüKo/Huber § 1664 Rn. 12; Gernhuber/Coester-Waltjen, FamR § 57 IV 6, Rn 38; Soergel/Strätz § 1664 Rn. 4; Dressler, in: Wussow, UnfallhaftpflichtR, Kapitel 72 Rn. 6.

¹²¹² OLG Hamm, NJW 1993, 542 (543); OLG Düsseldorf, NJW-RR 1999, 1042 (1043); OLG Karlsruhe FamRZ 2009, 707(708).

¹²¹³ OLG Karlsruhe FamRZ 2009, 707 (708).

¹²¹⁴ MüKo/Huber § 1664 Rn. 12.

¹²¹⁵ OLG Hamm, NJW 1993, 542 (543); MüKo/Huber § 1664 Rn. 12.

¹²¹⁶ OLG Karlsruhe FamRZ 2009, 707 (708); MüKo/Huber § 1664 Rn. 12.

¹²¹⁷ Soergel/Strätz § 1664 Rn. 4.

das Kind umfassen soll.¹²¹⁸ Zu diesem Zeitpunkt war allerdings noch die Sorgfalt des ordentlichen Hausvaters entscheidend gewesen. Allerdings wurde diese Sorgfalt in die eigenübliche verändert, während die Sorge für die Person des Kindes immer noch auch in der Aufsichtspflicht bestand.¹²¹⁹ Anhaltspunkte, dass die Aufsicht von der Haftungsmilderung ausgenommen werden sollte, gibt es nicht.

Früher war ein Problembewusstsein nicht vorhanden: entweder wird vor allem die Anwendbarkeit des § 1664 auf das Vermögen ausführlich besprochen;¹²²⁰ andererseits wird gleichzeitig die Anwendbarkeit auf die Personensorge in einem Nebensatz bejaht.¹²²¹ Heute ist das Thema in der Literatur streitig; die wohl überwiegende Ansicht tendiert jedoch zur Anwendbarkeit der Haftungserleichterung. In der Rechtsprechung hat sich inzwischen klar herauskristallisiert, dass die Obergerichte eine Anwendbarkeit des § 1664 auf die Aufsichtspflichtverletzung bejahen.¹²²²

[c]. Systematik

Die Haftungsmilderung ist direkt hinter der Personen – und Vermögenssorge und unter dem Oberbegriff der elterlichen Sorge angeordnet, so dass der Schluss nahe liegt, dass sie sich auch auf diese beiden Bestandteile der elterlichen Sorge uneingeschränkt beziehen muss. Eine vergleichbare Lage lässt sich an anderer Stelle des BGB nicht finden. Beim Vormund ist die Beziehung bei weitem nicht so eng und bei den Ehegatten ist die Verbindung gleichberechtigt.

Angelpunkt der Kritik an der Anwendung auf die Aufsichtspflicht ist, dass in solchen Konstellationen vor allem höchstpersönliche Rechtsgüter des Kindes, insbesondere Leib und Leben verletzt werden können. Diese wichtigen Rechtsgüter genießen denn auch einen umfassenden Schutz in § 823. Allerdings wird dort das Eigentum ebenso geschützt. Und für das Eigentum wird wohl niemand ernsthaft vertreten wollen, dass die Haftungsmilderung dort nicht gelten soll. Eine Differenzierung zwischen der Personen – und der Vermögenssorge oder sogar eine Aussparung einzelner Bestandteile der Personensorge wie der Aufsichtspflicht, ist aus systematischen Gesichtspunkten nicht zu erkennen. Wenn auf den Straßenverkehr abgehoben wird, ist dies ein besonderer Bereich, zu dem weiter unten Stellung genommen wird.

Gerade weil die Aufsichtspflicht ein Teil der Kernpflicht der Personensorge ist, muss die Haftungserleichterung hier gelten. Die Aufsichtspflicht hat ab leichter Fahrlässigkeit, bei der die eigenübliche Sorgfalt überschritten wird und ab grober Fahrlässigkeit immer noch einen Anwendungsbereich; von einer Aushöhlung der Aufsichtspflicht kann daher nicht gesprochen werden.

¹²¹⁸ Jakobs/Schubert, FamR II, S. 455.

¹²¹⁹ Jakobs/Schubert, FamR II, S. 509.

¹²²⁰ Windscheid/Kipp III § 517, S. 81; Enneccerus, Bürgerliches Recht, Bd II 2, § 80, S. 313.

¹²²¹ Enneccerus, Bürgerliches Recht, Bd II 2, § 79, S. 303.

¹²²² S.o.: S. 224. Hierbei fällt jedoch auf, dass die Entscheidung immer zulasten eines Pflichtversicherungsträgers ergangen war; als Argument wurde eine Versicherbarkeit des Risikos allerdings nicht angeführt.

Es wird gesagt, § 1664 sei vor allem dann anwendbar, wenn die Eltern auch in eigenen Angelegenheiten handeln, während die Aufsichtspflicht ausschließlich dem Kind dient;¹²²³ dem kann nicht zugestimmt werden. Es wurde bereits erläutert, dass die umfassenden Pflichten der Eltern vor allem dem Wohl des Kindes dienen.

Auch die Systematik spricht für eine Anwendbarkeit auf die Aufsichtspflichtverletzung.

[d]. Telos

Als Telos der Vorschrift wurde festgestellt, dass eine Entlastung bei und wegen der zahlreichen Pflichten der Eltern gewährt werden soll. Aufgrund der räumlichen und emotionalen Nähe soll ein ungezwungenes Zusammenleben, frei von Haftungsrisiken, ermöglicht werden.

Die Aufsichtspflicht ist aber gerade eine dieser zahlreichen Pflichten. Das Näheverhältnis ist auch bei der Aufsicht gegeben. Zwar ist die Aufsicht eine Pflicht, die oft gerade außerhalb des häuslichen Bereichs relevant wird und nicht nur beim häuslichen Zusammenleben; allerdings ist dieses häusliche Zusammenleben nur einer der Aspekte, welche hinter der Haftungsmilderung stehen. Insbesondere ist Grund der Erleichterung nicht der Rechtsgüterschutz des Kindes; vielmehr ein Schutz der Eltern. Dieser ist auch in der Situation der Aufsichtspflichtverletzung notwendig.

[e]. Zusammenfassung

Dem weiten Wortlaut nach muss die Aufsichtspflichtverletzung umfasst sein. Aus den Gesetzgebungsmaterialien ergibt sich, dass dieser wichtige Teilbereich zumindest nicht ausgenommen wurde. In Literatur und Rechtsprechung hat sich inzwischen eine starke Tendenz gezeigt, die Haftungserleichterung anzuwenden. Auch die Systematik spricht für eine Anwendbarkeit der Haftungsbegrenzung auf die Aufsichtspflichtverletzung, da der § 1664 für die gesamte elterliche Sorge gilt und Teil der Elterlichen Sorge die Personen – und die Vermögenssorge ist. Die Aufsichtspflicht ist schließlich Kernpflicht der Personensorge. Der Sinn der Vorschrift ist die finanzielle Entlastung der Eltern aufgrund umfangreicher Pflichten. Gerade die Aufsichtspflicht ist Teil dieser Pflichten; daher muss das Entstehen hierfür von der Haftungsbegrenzung spiegelbildlich umfasst sein. Zudem ist das persönliche Näheverhältnis gerade bei der Aufsicht gegeben.

dd. Ergebnis

§ 1664 ist grundsätzlich auch auf Verletzungen der Aufsichtspflicht anzuwenden. Ob sich möglicherweise im Straßenverkehr etwas anderes ergeben muss, wird später besprochen.

f. § 2131

Zunächst soll der hinter der Vorschrift stehende Sinn und Zweck ermittelt werden.

¹²²³ Staudinger/Engler § 1664 Rn. 33.

aa. Sinn und Zweck

[1]. Wortlaut

„Der Vorerbe hat dem Nacherben gegenüber in Ansehung der Verwaltung nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.“

Bei dieser Haftungserleichterung wird klargestellt, dass sie nur im Innenverhältnis zwischen Vor – und Nacherben auch nur zugunsten des Vorerben gilt. Hier ist keine gegenseitige Haftungserleichterung gegeben; die Stellung des Vorerben unterscheidet sich wesentlich von der des Nacherben. Der Vorerbe hat die Erbschaft inne, allerdings mit Beschränkungen zugunsten des Nacherben, der ein Anwartschaftsrecht¹²²⁴ hat. Die Haftungsmilderung muss also mit der Tatsache zu tun haben, dass sich Gegenstände in der Hand des Vorerben befinden, an welchen der Nacherbe auch Rechte hat. Die Erbschaft befindet sich ebenso wie das restliche Vermögen des Vorerben in dessen Einflussphäre. In dieser soll er seine eigenübliche Sorgfalt anwenden dürfen.

Zudem wird nur in „Ansehung der Verwaltung“ gehaftet. „In Ansehung“ ist ein heute etwas antiquierter Ausdruck, wird aber wohl als „bezüglich“ zu verstehen sein. Bezüglich der Verwaltung haftet der Vorerbe also milder. Fraglich ist, was mit Verwaltung gemeint ist. Ausdrücklich definiert ist dies nicht in den Vorschriften über die Nacherbschaft. Auch im restlichen BGB findet sich keine Legaldefinition dieses Begriffes; jedoch wird die Verwaltung oder ordnungsgemäße Verwaltung in zahlreichen anderen Vorschriften verwendet. Nach dem deutschen Sprachgebrauch ist ein verwalten das verantwortlich sein für etwas und die damit verbundenen Geschäfte führen oder Angelegenheiten regeln.¹²²⁵ Hier geht es um die Verwaltung eines Sondervermögens.¹²²⁶ Aus anderen Vorschriften des BGB ergibt sich, dass zur Vermögensverwaltung eine Verfügung oder die Abgabe einer Willenserklärung, der Abschluss von Verträgen oder sonstige Rechtsgeschäfte gehören können (etwa aus den §§ 1365, 1366, 1450, wo es auch um die Verwaltung eins privaten Vermögens geht). Daher muss die Verwaltung in diesem Zusammenhang jegliche Tätigkeit, die mit dem Vermögen zu tun hat bzw. alle Vorgänge, die zum Umgang mit diesem Vermögen gehören, Verwaltung sein. Die Verwaltung kann daher in tatsächlichen und rechtsgeschäftlichen Handlungen bestehen.¹²²⁷ Gem. § 2130 muss der Vorerbe die Erbschaft in dem Zustand herausgeben, der aus einer ordnungsgemäßen Verwaltung resultiert. Der Vorerbe muss daher das Vermögen in seinem Bestand erhalten. Den Wert, den der Vorerbe dauerhaft behalten kann, sind die gezogenen Nutzungen. Diese stellen freilich keine Gegenleistung für die Erhaltung des Vermögens dar. Die Erhaltung dient vor allem dem Recht des Nacherben. Daher ist die Haftungsmilderung als eine Art Ausgleich für die Verwaltungspflichten zu sehen.

¹²²⁴ Palandt/Edenhofer § 2100 Rn. 12; Brox/Walker, Erbrecht, § 25 Rn. 356, S. 198; Frank/Helms, Erbrecht, § 9 Rn. 23, S. 122.

¹²²⁵ Duden, Bedeutungswörterbuch, S. 1045.

¹²²⁶ Palandt/Edenhofer § 2100 Rn. 10.

¹²²⁷ Frank/Helms, Erbrecht, § 9 Rn. 17, S. 119.

Nach dem Wortlaut soll der Vorerbe das Sondervermögen der Erbschaft wie sein restliches Vermögen behandeln dürfen, da sich beide Vermögen in seiner privaten Sphäre befinden. Da die Erhaltung zu den Pflichten des Nacherben gehört, er hierfür aber keine Gegenleistung außer der Nutzungsmöglichkeit erhält, stellt die Haftungserleichterung eine Entlastung des Vorerben dar.

[2]. *Historie/Genetik*

Der erste Entwurf lehnte sich an die Vorschriften des Nießbrauchs an und ließ den Vorerben für jede Fahrlässigkeit haften.¹²²⁸ Zwar wurden Unterschiede zwischen dem Vorerben und dem Nießbraucher gesehen, namentlich dass der Vorerbe gegenüber dem Nacherben weniger beschränkt sei.¹²²⁹ Dennoch ließe sich „eine weitgehende Aehnlichkeit zwischen dem inneren Verhältnisse des Nießbrauches gegenüber dem Eigentümer und des Vorerben gegenüber dem Nacherben nicht leugnen“.¹²³⁰

Die zweite Kommission entschloss sich hingegen, die eigenübliche Sorgfalt zu übernehmen. Erwogen wurde auch die Haftung wie es der ordnungsgemäßen Wirtschaft entspricht.¹²³¹ Mit einer knappen Entscheidung wurde die *diligentia quam in suis* gewählt.¹²³² Dies beruhte vor allem auf dem mutmaßlichen Willen des Erblassers und der Tatsache, dass der Vorerbe Eigentümer der Nachlassgegenstände wird.¹²³³ Der Vorerbe solle nicht damit belastet werden die Erbschaft nach anderen Maßstäben zu behandeln, als andere in seinem Eigentum stehende Sachen.¹²³⁴

Der Unterschied zum Nießbrauch wurde bereits in den Motiven selbst herausgearbeitet: dieser sei nur an bestimmten Vermögensgegenständen gegeben, selbst wenn ein gesamtes Vermögen zum Nießbrauch gehöre (§ 1085).¹²³⁵ Daher ist immer ein stärkeres Bewusstsein gegeben, worauf sich der Nießbrauch konkret bezieht. Hiergegen besteht der Nachlass oftmals aus verschiedenen Nachlassgegenständen; hier ist der Überblick leichter zu verlieren. Es ist für das alltägliche Leben des Vorerben wesentlich leichter, auf alle in seinem Eigentum stehende Gegenstände die eigenübliche Sorgfalt anzuwenden. Gerade in Anbetracht dessen, dass eine solche Nacherbschaft bis zu 30 Jahre später eintreten kann.

Auch schien der objektive Maßstab für eine ordnungsgemäße Wirtschaft nicht angemessen. Warum ist allerdings nicht ausdrücklich erwähnt. Bezeichnend ist aber, dass ein subjektiver Maßstab gewählt wurde; es kommt mithin für eine Haftung auf die Gewohnheiten des Vorerben selbst an, was eine wesentliche Entlastung für diesen darstellt. Die-

¹²²⁸ Motive zum BGB, Bd. V, S. 93.

¹²²⁹ Motive zum BGB, Bd. V, S. 93.

¹²³⁰ Motive zum BGB, Bd. V, S. 93.

¹²³¹ Protokolle der zweiten Kommission, Bd. V, S. 95.

¹²³² Protokolle der zweiten Kommission, Bd. V, S. 96.

¹²³³ Protokolle der zweiten Kommission, Bd. V, S. 96.

¹²³⁴ Protokolle der zweiten Kommission, Bd. V, S. 96.

¹²³⁵ Motive zum BGB, Bd. V, S. 93.

ser kann den Nachlass wie sein restliches Eigentum behandeln. Dies ermöglicht ihm eine Handlungsfreiheit in seiner privaten Sphäre.

Als Grund wurde schließlich noch der mutmaßliche Wille des Erblassers genannt: dieser kannte den Vorerben und den Nacherben. Wenn er beiden nacheinander sein Vermögen vererbt, möchte er, dass beide hiervon gleichermaßen profitieren. Daher hat der Vorerbe Erhaltungspflichten, die dem Nacherben zugutekommen. Diese Erhaltungspflichten sind Pflichten, die er als Alleinerbe nicht hätte. Daher kann er aufgrund der Pflichten nicht uneingeschränkt wie ein Erbe von dem Nachlass profitieren. Dies wird aber durch die Haftungsmilderung wieder relativiert, da er dann, solange sich die Erbschaft bei ihm befindet, mit dieser wie ein Eigentümer verfahren kann. Er muss sie also mit der gleichen Sorgfalt behandeln wie sein sonstiges Eigentum. Andernfalls wäre seine Handlungsfähigkeit bezüglich des Nachlasses stark eingeschränkt. Eine solche Einschränkung kann nämlich nicht im Sinne des Erblassers sein, der wollte, dass beide Erben aus der Erbschaft Nutzen ziehen.

Die genetische Auslegung ergibt, dass nach dem Erblasserwillen sonst eine zu starke Einschränkung der Rechte des Vorerben gegeben wäre; er soll in seiner privaten Sphäre die Gegenstände wie sein restliches Eigentum behandeln dürfen. Die Haftungsmilderung kompensiert zudem die verschiedenen Erhaltungspflichten.

Obwohl auch die Berechtigung des § 2131 durch die Literatur diskutiert wird, ist die Diskussion bei weitem nicht so hitzig, wie bei den anderen Vorschriften, die die *diligentia quam in suis* beinhalten. Dies liegt wohl vor allem daran, dass die Fallkonstellationen mit Körperschäden eher eine geringe Anzahl haben und ein Schaden meist nur finanzielle Auswirkungen zeigen wird.

Die Befürworter der Vorschrift sehen ihren Zweck darin, dass nach dem Willen des Erblassers der Vorerbe Erbe und nicht bloßer Nießbraucher sein solle; schließlich kenne der Erblasser den Vorerben und habe diesen ausgewählt.¹²³⁶ Der Vorerbe sei kein Treuhänder am Nachlass, da er auch eigene Interessen habe.¹²³⁷ Gegen die Vorschrift wird jedoch angebracht, dass in ähnlichen Konstellationen eine andere Haftung vorgesehen sei: der Verkäufer, der noch Eigentümer der Kaufsache ist, habe bis zur Übergabe jedes Verschulden zu vertreten.¹²³⁸ Deziert wird sich jedoch in der Literatur nicht mit dem dahinter stehenden Zweck der Vorschrift auseinander gesetzt.

[3]. Systematik

Bei der Vorerbschaft ist der Vorerbe Eigentümer des Sondervermögens der Erbschaft,¹²³⁹ der Nacherbe hat ein Anwartschaftsrecht.¹²⁴⁰ Es wurde bereits gezeigt, dass der Vorerbe

¹²³⁶ Heller, der Haftungsmaßstab der „*diligentia quam in suis*“, S. 46.

¹²³⁷ Staudinger/Avenarius § 2131 Rn. 1.

¹²³⁸ Rother, Haftungsbeschränkungen im Schadensrecht, S. 196.

¹²³⁹ Palandt/Edenhofer § 2100 Rn. 10.

¹²⁴⁰ Palandt/Edenhofer § 2100 Rn. 12.

Pflichten zur Erhaltung des Vermögens zugunsten des Nacherben hat. Im Gegenzug hat er das Nutzungsrecht und die Haftungsmilderung.

Der Vorerbe kann allerdings von diesen Pflichten bzw. Beschränkungen befreit werden (§ 2136). Dann ist keine Haftung mehr nach dem § 2130 gegeben, weshalb auch der Maßstab des § 2131 überflüssig wird. Eine Haftung kommt in diesem Fall nach h.M. nur noch gem. § 2138 II in Betracht.¹²⁴¹ Wenn der Vorerbe also von seinen Pflichten und Beschränkungen befreit ist, ist auch die Haftungserleichterung nicht mehr gegeben. Dies zeigt, dass diese Haftungserleichterung einen Gegenpol zu der Erhaltungspflicht bildet und somit eine Kompensationsfunktion hat.

Besonderheit bei der Nacherbschaft ist, dass hier ein Volleigentum besteht, aber dennoch ein anderer bestimmte Rechte an diesem Eigentum hat. Dies ist den Konstellationen bei Eigentumsvorbehalt, Sicherungseigentum, Pfandrecht und Nießbrauch ähnlich. Ausführlich geregelt sind nur Pfandrecht und Nießbrauch. Der Eigentumsvorbehalt wird von § 449 definiert und der Sicherungsvertrag ist eine schuldrechtlich mögliche und übliche Abrede. Auch beim Eigentumsvorbehalt und beim auflösend bedingten Sicherungseigentum ist eine auflösende Bedingung gegeben. Und bei Pfandrecht und Nießbrauch eine dingliche Belastung. Allerdings ist in all diesen Konstellationen kein besonderer Sorgfaltmaßstab geregelt. Die Frage ist also: was unterscheidet den Vorerben vom Vorbehaltseigentümer, Sicherungsnehmer, Eigentümer der gepfändeten Sache oder Eigentümer der mit einem Nießbrauchrecht belasteten Sache?

Es lassen sich verschiedene Ansatzpunkte für eine Unterscheidung finden:

Bei der Nacherbschaft ist immer der Vorerbe, während er Eigentümer ist, auch Besitzer der Sache. Hier haben die anderen Auslegungsmethoden bereits gezeigt, dass dies ein wesentlicher Grund für die Haftungsmilderung ist; der Vorerbe hat die Sache in seiner Sphäre zusammen mit seinem restlichen Vermögen und soll sie daher gleich behandeln können. Beim Nießbrauch und Pfandrecht ist dies auf jeden Fall unterschiedlich, da eine Übergabe Voraussetzung für deren Entstehen ist; hier hat niemals der Eigentümer Besitz an der Sache, sondern entweder der Pfandrechtsgläubiger oder der Nießbraucher. Nicht ganz so festgelegt ist dies beim Sicherungsvertrag oder Eigentumsvorbehalt: dort kann prinzipiell auch der Sicherungsnehmer, der das Eigentum zur Sicherung übertragen bekommt, die Sache in Besitz haben. Oder der Vorbehaltseigentümer, der die Sache verkauft. Dies ist aber nicht im Sinne der Vertragsparteien, weil gerade das Eigentum übertragen wird, damit der Schuldner – anders als beim Pfandrecht – die Sache (weiter) benutzen kann. Auch beim Sicherungsvertrag und Eigentumsvorbehalt ist die Sache daher regelmäßig nicht beim Sicherungseigentümer (Sicherungsnehmer) oder Vorbehaltseigentümer (Verkäufer). Festzustellen ist, dass die Sache sich in den anderen Fallkonstellationen nicht beim Eigentümer befindet, sondern bei der Person, die ein Recht an der Sache hat.

Das nächste Unterscheidungselement ist der Grund der Vereinbarung. Dieser liegt beim Eigentumsvorbehalt, beim Sicherungsvertrag und beim Pfandrecht in der Siche-

¹²⁴¹ Staudinger/Avenarius § 2130 Rn. 6; MüKo/Gursky § 2131 Rn. 3; Soergel/Harder/Wegmann § 2131 Rn. 3.

rung eines Anspruches. Diese Sicherung besteht zugunsten des Gläubigers; ihr liegt immer ein bereits bestehender schuldrechtlicher Anspruch zugrunde. Bei der Nacherbschaft hingegen besteht der Herausgabeanspruch erst ab Bedingungseintritt (§ 2130). Hier gibt es keinen bereits entstandenen zu sichernden Anspruch. Vielmehr sind zur Sicherung andere Mechanismen vorgesehen wie etwa die Hinterlegung von Wertpapieren (§ 2116), die Auskunftspflicht (§ 2127) und die Sicherheitsleistung (§ 2128). Es gibt also keinen bereits entstandenen schuldrechtlichen Anspruch, der gesichert werden soll. Zudem fällt bei Eigentumsvorbehalt und auflösend bedingter Sicherungsübereignung das Eigentum wieder automatisch an den ursprünglichen Eigentümer zurück. Anders bei der Nacherbschaft, wo ein Herausgabeanspruch besteht, hingegen nicht automatisch Eigentum übergeht. Beim Nießbrauch hingegen besteht kein zu sichernder Anspruch; vor allem der Nießbraucher profitiert von der Einräumung des Rechtes. Aber auch hier besteht ein Unterschied zu der Nacherbschaft: während vom Nießbrauch nur der Nießbraucher profitiert, ist die Nacherbschaft vom Erblasser angeordnet, damit beide – der Vorerbe und der Nacherbe – in den Genuss der Erbmasse kommen. Der Grund der Vereinbarung ist also nicht sichernder Natur, sondern bezweckt einen Nutzen. Dieser Mehrwert liegt allerdings bei beiden Parteien und nicht nur bei einer. Hieraus lässt sich erkennen, dass die Beschränkungen des Vorerben zugunsten des Nacherben mit der Haftungserleichterung für den Vorerben kompensiert wird.

Hier wurde sichtbar, dass es einige Unterschiede gab; dass gleichwohl die Konstellation des Nießbrauches der Nacherbschaft am nächsten ist. Die Unterscheidung dieser sich sehr ähnlichen Materien wurde vom Gesetzgeber damit begründet, dass beim Nießbrauch nur ein Gegenstand genutzt wird, bei der Nacherbschaft hingegen in der Regel ein gesamter Nachlass, bestehend aus unzähligen Gegenständen, gegeben ist. Dies spricht wieder dafür, dass dem Vorerben eine ausreichende Handlungsfähigkeit gegeben sein soll.

Allerdings fällt auf, dass bei anderen Haftungserleichterungen für die eigenübliche Sorgfalt, wie beispielsweise dem § 690, auch nur ein einzelner Gegenstand gegeben ist. Insoweit ähnelt diese Konstellation dem Nießbrauch. Der Verwahrer hat allerdings kein dingliches Recht am Gegenstand und kann keinen Nutzen hieraus ziehen. Der Nießbraucher hingegen darf den Nutzen aus dem Gegenstand ziehen. Relevanter Unterschied des Nießbrauches ist somit der Nutzen, den der Nießbraucher zieht; da dieser gegeben ist, muss keine Kompensation durch eine Haftungserleichterung erfolgen.

Nach der systematischen Auslegung ist der Sinn und Zweck der Vorschrift folglich eine Kompensation für die unentgeltlichen Erhaltungspflichten, die dem Nacherben zugutekommen. Außerdem soll der Nachlass, der in den privaten Bereich des Vorerben eingegliedert ist und aus zahlreichen Gegenständen bestehen kann, wie das restliche Eigentum des Vorerben behandelt werden können, um dessen Handlungsfähigkeit zu gewährleisten.

Bei § 2131 handelt es sich überraschender Weise um die am wenigsten diskutierte Vorschrift, obwohl diese im Rahmen der übrigen Rechtsordnung am herausragendsten ist.

[4]. Zusammenfassung

Aus dem Wortlaut lässt sich erkennen, dass die Haftungsmilderung mit der Tatsache zu tun hat, dass der Vorerbe die Erbschaft wie sein restliches Eigentum in seiner Einfluss-sphäre hat und es auch ebenso behandeln darf. Die Haftungserleichterung stellt eine Entlastung der Vorerben dar, der zugunsten des Nacherben Pflichten hat für die er außer der Nutzungsmöglichkeit keine Gegenleistung erhält. Nach der genetischen Auslegung kann sich der Vorerbe nach dem Willen des Erblassers gegenüber der Erbschaft verhalten wie gegenüber seinem restlichen Vermögen. Die historische Auslegung schließlich ergibt, dass der Vorerbe aufgrund seiner Eigeninteressen am Nachlass kein Treuhänder sei, sondern eigene Sachen verwaltet. Bei der systematischen Auslegung zeigt sich, dass die Haftungserleichterung eine Kompensation für die zahlreichen Verwaltungspflichten darstellt, weil ihm bei einer befreiten Vorerbschaft keine Haftungserleichterung zugutekommt. Hier wurde insbesondere ein Unterschied zum Nießbrauch deutlich, welcher immer nur an einem konkreten Gegenstand besteht, womit es leichter ist, die im Verkehr erforderliche Sorgfalt für diesen einen Gegenstand aufzuwenden. Der Unterschied zum Pfandrecht und anderen Sicherungsmitteln ist, dass dort der Eigentümer der Sache regelmäßig nicht mehr Besitzer ist. Diese Tatsache unterstreicht den Zweck der Haftungsmilderung, denjenigen zu begünstigen, der eine Sache, deren (vorübergehender) Eigentümer er ist, wie sein restliches Habe behandeln können soll und zu bewirken, dass dieser in der privaten Sphäre uneingeschränkt handlungsfähig bleibt.

bb. Ergebnis

Sinn und Zweck der Vorschrift ist demnach nach dem Willen des Erblassers der Nutzen für beide Parteien. Dieser wird dadurch gewährleistet, dass der Vorerbe einige Pflichten und Beschränkungen hat, was aber durch die Haftungserleichterung wieder kompensiert wird. Er soll das Sondervermögen des Nachlasses in seinem privaten Bereich genau wie sein restliches Vermögen behandeln können, wodurch seine Handlungsfähigkeit ohne große Einschränkungen gewährleistet wird.

cc. Anwendbarkeit auf welche Pflichten ?

Unstreitig ist, dass § 2131 nur auf die allgemeinen Verwaltungspflichten aus § 2130 anwendbar sein soll, nicht hingegen auf die besonderen in den §§ 2116-2119, 2123, 2133, 2134 normierten Verwaltungspflichten.¹²⁴² Hierbei beruft man sich durchweg auf eine Entscheidung des Reichsgerichtes, in der die Anwendbarkeit von § 2131 auf § 2119 abgelehnt wurde.¹²⁴³

Alleine bei § 2113 gehen die Meinungen auseinander: so soll die Prüfungspflicht, ob es sich um ein erlaubtes Geschäft i.S.d. § 2113 II bzw. § 2138 II handelt, nicht unter die

¹²⁴² BGB-RGRK § 2131 Anm. 1; Staudinger/Avenarius § 2131 Rn. 3; MüKo/Gursky § 2131 Rn. 2; Soergel/Harder/Wegemann § 2131 Rn. 2; Erman/Schmidt § 2131 Rn. 1; Bamberger/Roth/Litzenburger § 2131 Rn. 1; Brox/Walker, Erbrecht, § 25 Rn. 373, S. 210; Michalski, Erbrecht, § 19 Rn. 719, S. 261; Lange/Kuchinke, Erbrecht. § 28 V 4, S. 603, Fn. 202.

¹²⁴³ RGZ 73, 4 (7).

Haftungserleichterung fallen¹²⁴⁴, anderer Ansicht nach auch nach § 2131 zu beurteilen sein.¹²⁴⁵ Die Rechtsprechung verlangt ein objektives Element (Unentgeltlichkeit) und ein subjektives Element (Wissen).¹²⁴⁶ Wäre kein subjektives Moment erforderlich, so würde jedes Geschäft, für welches keine vollkommen wertgleiche Gegenleistung gegeben würde, unter den § 2113 II fallen.¹²⁴⁷

Fraglich ist, ob dieses Verständnis der Vorschrift des § 2131 gerecht wird. Daher ist zu erörtern, auf welche Pflichten genau § 2131 Anwendung finden muss. Eine Haftung stützt sich auf § 280 I, da mit Eintritt des Nacherbfalls ein gesetzliches Schuldverhältnis entsteht.¹²⁴⁸

[1]. *Würdigung*

[a]. *Wortlaut*

Da der Vorerbe „in Ansehung der Verwaltung“ haften muss, und die Verwaltung eines Vermögens eben jegliche Maßnahmen zur Erhaltung und Mehrung beinhaltet, spricht der Wortlaut des § 2131 selbst zunächst einmal dafür, den Sorgfaltsmaßstab der eigenüblichen Sorgfalt auf sämtliche vermögensverwaltende Maßnahmen anzuwenden.

Dem Vorerben werden verschiedene Maßnahmen und Beschränkungen auferlegt. Nach der h.M soll § 2131 nur auf den § 2130, nicht hingegen auf die §§ 2116, 2117, 2118, 2119, 21123, 2133, 2134 anwendbar sein. Hier soll der allgemeine Sorgfaltsmaßstab gelten. Da es sich bei § 2131 um einen besonderen Maßstab für die Verschuldenshaftung handelt, muss dieser sich auch auf eine Norm der Verschuldenshaftung beziehen. Dies wird aber schon bei § 2130 schwierig, weil dem Wortlaut alleine keine Haftungsnorm zu entnehmen ist. Ebenso verhält es sich mit den restlichen Normen der Nacherbschaft; eine ausdrückliche Anspruchsgrundlage für Schadensersatzansprüche befindet sich hierunter nicht. Es sind nur Anspruchsgrundlagen für verschuldensunabhängigen Wertersatz gegeben. Hierauf kann sich ein Verschuldensmaßstab aber schon gar nicht beziehen, weil ein Verschulden keine Tatbestandsvoraussetzung ist.

Dem Wortlaut kann Einschränkung nicht entnommen werden. Allerdings kann auch keine andere Vorschrift gefunden werden, auf welche ein besonderer Sorgfaltsmaßstab Anwendung finden müsste.

[b]. *Historie/Genetik*

In den Gesetzgebungsmaterialien wird nicht ausgeführt, auf welche Pflichten konkret die Haftungsmilderung anwendbar sein soll. Ursprünglich war eine Fassung vorgesehen gewesen, bei der der Vorerbe „in Ansehung der Erhaltung der Substanz“ für Fahrlässig-

¹²⁴⁴ Staudinger/Avenarius § 2131 Rn. 3.

¹²⁴⁵ Brox/Walker, Erbrecht, § 25 Rn. 363, S. 204.

¹²⁴⁶ RGZ 81, 364 (365); 105, 246 (248); BGHZ 5, 173 (182); 7, 274 (278); 57, 84 (90); BGH NJW 1984, 366 (367).

¹²⁴⁷ Michalski, Erbrecht, § 19 Rn. 704, S. 256.

¹²⁴⁸ Frank/Helms, Erbrecht, § 9 Rn. 17, S. 118.

keit einzustehen hatte.¹²⁴⁹ Hieran erkennt man, dass es generell um die Substanzerhaltung der Erbschaft ging. Obwohl die Fassung dann verändert wurde, war dennoch keine grundsätzliche Änderung dieses Aspektes des Regelungsgehaltes gewollt.¹²⁵⁰ Daher muss man davon ausgehen, dass sich die Haftungsmilderung grundsätzlich auf alle Pflichten beziehen sollte, die dem Substanzerhalt des Vermögens dienten. Zunächst wurde auch keine allgemeine Verwaltungspflicht normiert; dies da das Recht des Vorerben durch die Vorschriften der Vorerbschaft konkretisiert sei.¹²⁵¹ Da aber die sonstigen Pflichten des Vorerben bereits konkretisiert waren, hätte es gar keinen Sinn gemacht, eine Haftungsmilderung zu normieren, wenn diese nicht auf die normierten Pflichten anwendbar sein sollte. Durch die zweite Kommission wurde jedoch die Normierung einer allgemeinen Verwaltungspflicht gebilligt; diese wurde als Korrelat zur Verfügungsfreiheit des Vorerben gesehen.¹²⁵² Jedoch war herausragende Erwägung, dass nun klar gestellt sei, dass der Bestand der Erbmasse im Zeitpunkt der Herausgabe insgesamt zu beurteilen sei, nicht jedoch einzelne Verwaltungsmaßnahme des Vorerben.¹²⁵³

Auch war klar, dass die Erbmasse im Eigentum des Vorerben stehen sollte.¹²⁵⁴ Hieraus ergibt sich, dass gewollt war, dass der Vorerbe das Sondervermögen wie sein restliches eigenes Vermögen behandeln können muss. Diese Vereinfachung ist aber nur dann gegeben, wenn sich die Haftungsmilderung auf alle Pflichten bezieht, die für den Vorerben bestehen. Nach der genetischen Auslegung spricht mehr dafür, dass die Haftungsmilderung auf alle Verwaltungspflichten anwendbar sein sollte.

In der Literatur hingegen ist genau die gegenteilige Ansicht vorherrschend. Die Haftungsmilderung soll nicht auf die besonderen Verwaltungspflichten anwendbar sein. Ein subjektiver Maßstab könne dann nicht in Betracht kommen, wenn das Gesetz bestimmte Verhaltensmaßnahmen vorschreibe wie die speziellen Verwaltungspflichten.¹²⁵⁵ Allerdings kann auch eine objektiv bestehende Pflicht mit einer subjektiv zu bestimmenden Sorgfalt ausgeführt werden. Als Begründung wird nur in dem Verweis auf ein Urteil des RG gegeben, in dem dieses feststellte, dass § 2131 die Regel sei, von welcher § 2119 mit seiner besonderen Verwaltungspflicht eine Ausnahme mache.¹²⁵⁶ Wenn der Vorerbe nicht befreit sei, müsse er auch gem. § 2119 strenger haften und könne sich nicht auf die Haftungsbeschränkung des § 2131 berufen.¹²⁵⁷ Warum allerdings ganz allgemein die Regel hinter der Ausnahme stehen soll und warum für die spezielle Verwaltungspflicht etwas anderes gelten soll als für die allgemeine Verwaltungspflicht, während im § 2131 nur

¹²⁴⁹ Motive zum BGB, Bd. V, S. 93.

¹²⁵⁰ Protokolle der zweiten Kommission Bd. V, S. 96.

¹²⁵¹ Motive zum BGB, Bd. V, S. 102.

¹²⁵² Protokolle der zweiten Kommission Bd. V, S. 96.

¹²⁵³ Protokolle der zweiten Kommission Bd. V, S. 96.

¹²⁵⁴ Protokolle der zweiten Kommission Bd. V, S. 96.

¹²⁵⁵ BGB-RGRK § 2131 Anm. 1.

¹²⁵⁶ RGZ 73, 4 (7).

¹²⁵⁷ RGZ 73, 4 (6).

von „Verwaltung“ gesprochen wird, wird im Urteil nicht erörtert.¹²⁵⁸ Hier hat es den Anschein, als habe die Literatur recht unreflektiert die Rechtsprechung des Reichsgerichtes übernommen. Da ähnlich gelagerte Fälle in der Praxis bisher keine Relevanz hatten, ist dies nicht weiter aufgefallen.

Früher wurde in der Literatur vertreten, dass die Haftungserleichterung nur auf die Vermögensverwaltung anwendbar sein sollte.¹²⁵⁹ Nach dieser Ansicht könnten hierunter besondere Verwaltungspflichten fallen. Dies kommt dem Normzweck schon eher nahe.

[c]. Systematik

Da der Verschuldensmaßstab des § 2131 sich auf eine Haftungsnorm beziehen muss, sind die verschiedenen Normen der Nacherbschaft, die die Pflichten und Beschränkungen des Nacherben festlegen, zu untersuchen.

Der h.M. nach soll § 2131 nicht auf die §§ 2116-2119, 2123, 2133, 2134 anwendbar sein, sondern nur auf § 2130. Bei diesen Normen lassen sich ganz untechnisch gesprochen verschiedene Gruppen von Regelungen finden: einmal die Verfügungsbeschränkungen der §§ 2113 – 2115; dort wird ein Verbot ausgesprochen. Dann die Sicherungsmaßnahmen der §§ 2116-2118, hier wird die Möglichkeit einer Sicherung angeordnet. Dann gibt es noch besondere Pflichten, wie die Pflicht, Geld mündelsicher anzulegen § 2119, einem Wirtschaftsplan für einen Wald zu folgen § 2123. Sowie verschuldensunabhängige Wertersatzansprüche wie § 2133 bei übermäßiger Fruchtziehung und § 2134 bei eigennütziger Verwendung.

Auf die Verfügungsbeschränkungen der §§ 2113-2115 kann sich § 2131 nicht beziehen. Diese Normen stellen objektive Verbote auf, ein Anknüpfungspunkt für ein mögliches Verschulden ist nicht gegeben. Vielmehr ist die Rechtsfolge die Unwirksamkeit auf dinglicher Ebene; jedoch keine Schadensersatznorm an die ein Verschulden anknüpfen könnte. Daher ist § 2131 nicht hierauf anwendbar. Was der h.M. aber anzulasten ist, ist dass sich die Frage eigentlich gar nicht stellt; eine Erwähnung, dass eine Anwendbarkeit nicht gegeben sein soll, ist folglich überflüssig.

Gleiches gilt für die Sicherungsmaßnahmen der §§ 2116 – 2118: hier sind keine Pflichten normiert, es gibt also keinen Anknüpfungspunkt für ein Verschulden. Daher kommt die Anwendbarkeit eines milderer Sorgfaltsmaßstabes gar nicht in Betracht; und muss folglich nicht in einem zweiten Schritt abgelehnt werden.

Ebenso bei der Wertersatzpflicht gem. § 2133; dieser Wertersatzanspruch setzt kein Verschulden voraus. Ein Schadensersatzanspruch wegen Übermaßfrüchten stützt sich hingegen auf § 2130. Dies ist auch bei § 2134 der Fall: Satz 1 ist eine Anspruchsgrundlage für den Wertersatz, wofür kein Verschulden nötig ist. Satz 2 stellt klar, dass eine Verschuldenshaftung wie aus § 2130 daneben möglich ist. Also gibt es ebenfalls in § 2134 keinen direkten Anknüpfungspunkt für ein Verschulden, weil es sich um eine verschuldensunabhängige Wertersatzhaftung handelt.

¹²⁵⁸ Hierzu ausführlicher unten.

¹²⁵⁹ Windscheid/Kipp III § 668, S. 716.

Anders jedoch verhält es sich bei § 2130. Dieser ist nicht ausdrücklich als Anspruchsgrundlage formuliert, sondern er normiert die allgemeine Verwaltungspflicht. Eine Pflicht jedoch kann verletzt werden. Und an eine Pflichtverletzung kann ein Verschulden anknüpfen. Folglich kann der Maßstab dieses Verschuldens gemildert werden. Daher ist § 2130 nach ganz h.M. eine Anspruchsgrundlage auf Schadensersatz, obwohl die Formulierung dies auf den ersten Blick nicht hergibt. Auf diese muss dann aber § 2131 anwendbar sein, weil dieser den allgemeinen Maßstab für die Verschuldenshaftung des Vorerben festlegt und zudem direkt im Anschluss an § 2130 gelegen ist.

Schwieriger wird dies bei den §§ 2119 und § 2123; dort sind Pflichten des Vorerben normiert. An diese kann ein Verschulden anknüpfen. Folglich besteht eine Anknüpfungsmöglichkeit für eine Modifizierung des Verschuldensmaßstabes.

Die mündelsichere Geldanlage erfolgt nach den §§ 1806 ff. Wenn im Vormundschaftsrecht eine Pflicht nach den §§ 1806, 1807 verletzt wird, ist ein Schadensersatzanspruch gem. § 1833 gegeben. Übertragen auf die Nacherbschaft müsste bei einer Verletzung einer Pflicht aus den §§ 2119, 1806, 1807 eine Schadensersatzpflicht nach § 2130 gegeben sein. Im Rahmen des § 2130 aber ist § 2131 anwendbar, wie bereits dargelegt wurde. Etwas anderes könnte sich ergeben, wenn man die Schadensersatzpflicht direkt aus § 2119 herleiten würde. Dann könnte hier eine spezielle Pflicht normiert sein, welche den allgemeineren Haftungsmaßstab des § 2131 verdrängt. So ist auch die Kommentarliteratur unschlüssig, auf welche Geldanlagen nun genau eine Haftungserleichterung anwendbar sein soll. Etwa solle bei kurzfristig benötigtem Geld der § 2131 anwendbar sein, bei längerfristigen Anlagen indes nicht.¹²⁶⁰

Eine ähnliche Unsicherheit besteht bei § 2123; dieser normiert den Wirtschaftsplan für einen Wald. Dies ist zunächst noch keine Pflicht, welche verletzt werden kann. Jedoch kann eine Pflichtverletzung dann entstehen, wenn sich der Vorerbe nicht an den Wirtschaftsplan hält. Wenn also eine Pflicht aus dem Wirtschaftsplan verletzt ist, könnte ein Schadensersatzanspruch gem. § 2130 bestehen, auf den dann § 2131 anwendbar wäre.

Bei beiden Vorschriften werden einzelne bestimmte Pflichten normiert, allerdings keine Anspruchsgrundlage für Schadensersatz. Im Prinzip ist dieses Problem aber auch bei § 2130 gegeben: dort werden Pflichten normiert, jedoch keine Anspruchsgrundlage für Schadensersatz formuliert. Jedoch besteht Einigkeit, dass eine solche Anspruchsgrundlage in § 2130 enthalten ist. Andernfalls wäre es unnötig, Pflichtverletzungen zu normieren, wenn diese keine Rechtsfolgen nach sich zögen. Der Unterschied besteht darin, dass die Pflichten des § 2130 allgemein gehalten sind, während die Pflichten der §§ 2119, 2123 spezielle Konstellationen betreffen. Die Frage ist nun, ob die Haftungserleichterung auch für die speziellen Pflichten gelten soll, oder ob diese speziell normierten Fälle den allgemeinen Maßstab ersetzen.

¹²⁶⁰ MüKo/Gursky § 2119 Rn. 2.

Das Reichsgericht hat eine Entscheidung für § 2119 gefällt;¹²⁶¹ auf diese beruft sich die gesamte Kommentarliteratur für die Nichtanwendbarkeit nicht nur des § 2119, sondern für sämtliche andere Vorschriften der Nacherbschaft. In dieser Entscheidung wird festgestellt, dass § 2119 eine „unnachgiebige Vorschrift“ sei, auf die keine Haftungserleichterung anwendbar sei.¹²⁶² § 2131 sei die Regel, § 2119 die Ausnahme.¹²⁶³ Von dieser strengen Regelung könne der Vorerbe schließlich gem. § 2136 durch den Erblasser befreit werden.¹²⁶⁴ Diese Befreiung gem. § 2136 ist allerdings auch von den §§ 2130, 2131 möglich; da diese Vorschriften aber hinsichtlich ihrer Abdingbarkeit gleich behandelt werden wie der § 2119, kann eine unterschiedliche Behandlung bei ihrer Anwendung hieraus nicht geschlossen werden. Auch die Feststellung, dass § 2119 eine „unnachgiebige Vorschrift“ sein soll, bringt nicht weiter. Schließlich wird hier nicht ausdrücklich eine Verschuldenshaftung ohne Haftungserleichterung normiert.

Allerdings bedenkenswert ist die Argumentation mit dem Regel-Ausnahme-Verhältnis. Wenn ein solches gegeben wäre, wäre erwägenswert, ob der allgemeine § 2130 mit seinem Haftungsmaßstab gem. § 2131 hierdurch verdrängt würde. Jedoch bezieht sich der § 2119 auf die Vorschriften des Vormundes. Dort greift bei einer Pflichtverletzung die allgemeine Haftung des Vormundes gem. § 1833 ein. Bei der Nacherbschaft ist es bereits misslich, dass entgegen der eigentlichen Intention des Gesetzgebers keine eindeutige Anspruchsgrundlage für Schadensersatz normiert ist. Dass diese in § 2130 gesehen wird, ist bereits eine teleologische Erweiterung dieser Norm. Nun ist freilich mit diesem Instrument des Rechtsanwenders vorsichtig umzugehen; grundsätzlich ist davon auszugehen, dass der Gesetzestext den Regelungswillen auch wiedergibt. Daher ist ein Schadensersatzanspruch bei einer Pflichtverletzung gem. § 2119 auf § 2130 zu stützen. In dessen Rahmen gilt § 2131. Entgegen der h.M. ist daher § 2131 bei allen Pflichten des Vorerben anwendbar.

[d]. Telos

Fraglich ist, ob dieses Ergebnis mit dem Sinn und Zweck der Regelung übereinstimmt. Als Hintergrund der Norm wurde zum einen der Wille des Erblassers, für beide Erben Nutzen zu bringen relevant. Zudem werden durch die Haftungsmilderung die Pflichten des Vorerben kompensiert. Der Vorerbe soll den Nachlass in seinem privaten Bereich genau wie sein restliches Vermögen behandeln dürfen, wodurch seine Handlungsfähigkeit gewährleistet bleibt.

Wenn der Vorerbe sein Sondereigentum am Nachlass und sein sonstiges Privateigentum gleich behandeln können soll, so muss dies auch für die speziellen in den §§ 2119, 2123 normierten Pflichten gelten. Denn diese Pflichten können den Vorerben gleichfalls in Bezug auf sein Privatvermögen treffen. Auch die Kompensationsfunktion bestätigt dies: gerade in den §§ 2119, 2123 sind Pflichten geregelt, mit denen der Vorerbe bela-

¹²⁶¹ RGZ 73, 4 ff.

¹²⁶² RGZ 73, 4 (7).

¹²⁶³ RGZ 73, 4 (7).

¹²⁶⁴ RGZ 73, 4 (6).

stet wird. Gerade bei diesen detaillierten Pflichten kann sich ein eigenübliches Verhalten auswirken. Dies entspricht im übrigen dem Willen des Erblassers. Er will, dass beide Erben Nutzen von dem Vermögen haben. Dies wird für den Nacherben durch die Pflichten des Vorerben ermöglicht. Wenn eine grob fahrlässige Pflichtverletzung gegeben ist, haftet der Vorerbe auf jeden Fall; bei einer leicht fahrlässigen Pflichtverletzung möglicherweise sogar auch – wenn diese nicht seiner eigenüblichen Sorgfalt entspricht. Der Nutzen für den Vorerben liegt darin, dass er im Rahmen seines üblichen Verhaltens keine fahrlässigen Pflichtverletzungen begehen kann, ohne schadensersatzpflichtig zu werden. Dass ausgerechnet für die Anlage von Geld ein Unterschied gemacht werden sollte, muss nicht zwangsläufig dem Erblasserwillen entsprechen.

[e]. Zusammenfassung

Dem Wortlaut des § 2131 ist keine Einschränkung der Anwendbarkeit zu entnehmen; problematisch ist aber, dass der unumstrittenen Anspruchsgrundlage des § 2130 ein Anknüpfungspunkt für das Verschulden entnommen werden kann, da diese nicht als Anspruchsgrundlage formuliert ist. Nach der genetischen Auslegung sollte § 2131 auf alle Pflichten Anwendung finden, die dem generellen Substanzerhalt der Erbschaft dienen sollen, da sich die Haftungsmilderung ursprünglich auf die Substanzerhaltung der Erbschaft gerichtet hatte. Mithin sollte sich die Haftungsbegrenzung auf alle Verwaltungspflichten des Vorerben beziehen, weil diese alle gleichermaßen dem Substanzerhalt dienen. Literatur und Rechtsprechung hingegen sind einhellig anderer Meinung, wobei man sich auf ein Urteil des Reichsgerichtes beruft. Systematisch gesehen ist einzige mögliche Anspruchsgrundlage § 2130, daher ist der Haftungsmaßstab immer anzuwenden, wenn ein Anspruch gem. § 2130 gegeben ist. Die Verfügungsbeschränkungen der §§ 2113 – 2115 oder die Sicherungsmaßnahmen der §§ 2116 – 2118 ziehen keinen Schadensersatzanspruch nach sich, weswegen es keinen Anknüpfungspunkt für ein Verschulden gibt. Auch die Wertersatzpflicht des § 2133 oder der Anspruch des § 2134 wegen Übermaßfrüchten bieten aufgrund der verschuldensunabhängigen Haftung keinen Anknüpfungspunkt für eine Haftungserleichterung. Bei den §§ 2119, 2123 hingegen sind Pflichten normiert, welche Gegenstand eines Schadensersatzanspruches sein können. Allerdings sind diese Vorschriften nicht als Anspruchsgrundlage formuliert, weshalb auf den § 2130 zurückgegriffen werden muss. Und für diesen wiederum muss § 2131 gelten.

Dies ergibt sich gleichfalls durch die teleologische Auslegung; der Haftungsmaßstab gewährleistet die Handlungsfähigkeit des Vorerben nur, wenn er auf alle seine Pflichten anwendbar ist. Nur dann kann sich auch die Kompensationsfunktion der Haftungserleichterung entfalten.

[2]. Ergebnis

Entgegen der ganz h.M. ist § 2131 auf alle Verwaltungspflichten des Vorerben anwendbar. Schließlich ist er immer auf § 2130 anwendbar, welcher die einzige und maßgebliche Anspruchsgrundlage für Schadensersatz ist.

g. Schutz – und Nebenpflichten

Auch bei den Vorschriften, welche sich auf die eigenübliche Sorgfalt beziehen (§§ 690, 708), ist streitig, ob sich die Haftungsmilderung auch auf die Einhaltung von Schutz – und Nebenpflichten bezieht. Es werden wie bei den §§ 521, 599 drei Ansichten vertreten: dass die Haftungsmilderungen immer auf Schutzpflichten anzuwenden seien,¹²⁶⁵ dass die Haftungsmilderungen nie auf Schutzpflichtverletzungen anzuwenden seien,¹²⁶⁶ oder dass es für die Anwendbarkeit darauf ankomme, ob ein Zusammenhang der Schutzpflichtverletzung mit dem Charakter der Haftungsmilderung gegeben sei.¹²⁶⁷ Bei den §§ 521, 599 wurde dies diskutiert und eine Erstreckung der Haftungsmilderungen auf solche Schutzpflichten, die sich unmittelbar auf die Hauptleistungspflicht beziehen, bejaht.

aa. Immer auf Schutzpflichten anwendbar

Haftungsmilderungen allgemein müssten immer für Schutzpflichten gelten,¹²⁶⁸ da der Schaden einer Schutzpflichtverletzung den Wert der meist unentgeltlichen Leistung weit übersteigen könne.¹²⁶⁹

bb. Nie auf Schutzpflichten anwendbar

Im Rahmen der unentgeltlichen Verwahrung überwiegt die Ansicht, dass § 690 nicht auf Schutzpflichtverletzungen anwendbar sein soll, sondern auf die eigentliche Vertragsleistung beschränkt sein soll.¹²⁷⁰ Wobei allerdings nach teilweiser Einschränkung dieser strengen Ansicht für Folgeschäden auch gehaftet werden soll.¹²⁷¹ Die Fremdnützigkeit der Tätigkeit des unentgeltlichen Verwahrers sei schließlich nur bei der Verwahrung selbst gegeben, nicht hingegen bei den sonstigen Handlungen des Verwahrers.¹²⁷²

Bei § 708 wird vertreten, dass die Haftungsprivilegierung bei der Verletzung von Schutz – und Nebenpflichten nicht gelten könne.¹²⁷³ Gesetzliche Haftungsmilderungen bezweckten die Privilegierung nur hinsichtlich der Erbringung der Vertragsleistung.¹²⁷⁴ Zur Zeit der Normierung der Haftungsprivilegierungen sei die Haftung für Schutzpflichtverletzungen noch nicht so ausgedehnt gewesen;¹²⁷⁵ wenn die Haftungsmilderung auf diese angewendet werden sollte, so müsse sie auch für alle deliktischen Ansprüche

¹²⁶⁵ So z.B.: Medicus, FS Canaris, S. 835 (847); wobei in der neuen Auflage durch Lorenz von der Ansicht von Medicus abgerückt wird: Medicus/Lorenz, SchuldR I AT, § 41 III 1, Rn. 510, S. 242.

¹²⁶⁶ So z.B.: Larenz, FS Westermann, S. 299 (302); Schwerdtner, NJW 1971, 1673 (1675).

¹²⁶⁷ So z.B. Thiele, JZ 1967, 649 (654); Gerhardt, JuS 1970, 597 (603).

¹²⁶⁸ Medicus, FS Canaris, S. 835 (847).

¹²⁶⁹ Medicus, FS Canaris, S. 835 (847).

¹²⁷⁰ Schwerdtner, NJW 1971, 1673 (1675); MüKo/Henssler § 690 Rn. 9; Soergel/Teichmann § 690 Rn. 5; Erman/Hermann § 690 Rn. 2; Bamberger/Roth/Gehrlein § 690 Rn. 2.

¹²⁷¹ MüKo/Henssler § 690 Rn. 9; Bamberger/Roth/Gehrlein § 690 Rn. 2.

¹²⁷² MüKo/Henssler § 690 Rn. 9.

¹²⁷³ Larenz, FS Westermann, S. 299 (302).

¹²⁷⁴ Larenz, FS Westermann, S. 299 (302).

¹²⁷⁵ Larenz, FS Westermann, S. 299 (302).

gelten, was der ursprünglichen Konzeption des BGB zuwider liefe.¹²⁷⁶ Schließlich würde so die Lehre der Schutzpflichtverletzungen, die den Geschädigten besser stellen sollte, in ihr Gegenteil verkehrt und stelle den Geschädigten nun schlechter.¹²⁷⁷

cc. Auf Schutzpflichten anwendbar, wenn Zusammenhang

Einer vermittelnden Ansicht nach soll die Haftungserleichterung dann gelten, wenn der Verwahrer in seiner spezifischen Eigenschaft als solcher in Anspruch genommen wird.¹²⁷⁸

Bei der Gesellschaft wird sogar überwiegend angenommen, dass § 708 auch bei der Verletzung von Schutz – oder Nebenpflichten gelten müsse.¹²⁷⁹ Hauptargument dieser Ansicht ist, dass es nicht einsehbar sei, dass ein Gesellschafter für die Verletzung von Schutz – oder Nebenpflichten schärfer haften solle als für die Verletzung von Hauptpflichten.¹²⁸⁰ Schließlich gehöre die Einhaltung von Schutzpflichten ebenso zum Gesellschaftsvertrag wie die Ausübung von Hauptpflichten.¹²⁸¹ Ausgenommen sollen lediglich Schäden sein, die nicht im Rahmen der Gesellschaft, sondern bei Gelegenheit zugefügt würden.¹²⁸² Da der wahre Normzweck der Risikoverteilungsgedanke „das Eingehen des Risikos der Individualität der anderen Gesellschafter im Zweckverband“¹²⁸³ sei und dieses Risiko auch im Hinblick auf die Verletzung von Schutzpflichten bestehe, sei die Haftungsmilderung genauso hier anzuwenden.¹²⁸⁴ Bei der anderen Ansicht gehe es vor allem darum, solche Fälle auszunehmen, die mit der Gesellschaft in keinem inneren Zusammenhang stünden.¹²⁸⁵ Diese Handlungen bei Gelegenheit müssten daher zwingend ausgegrenzt werden, ohne generell Schutzpflichten aus dem Anwendungsbereich auszunehmen.¹²⁸⁶ Daher komme es generell gesagt darauf an, ob der Zweck der Haftungsmilderung auch bei der Verletzung einer Schutzpflichtverletzung greift.¹²⁸⁷ Dieser Schutzzweck erfasse den Haftungsprivilegierten nur in seiner Funktion als solcher, also nur in seiner Funktion als Gesellschafter.¹²⁸⁸ Oder man will zwischen dem Integritäts – und Leistungsinteresse unterscheiden:¹²⁸⁹ das Leistungsinteresse sei immer von der Haftungsprivi-

¹²⁷⁶ Larenz, FS Westermann, S. 299 (302).

¹²⁷⁷ Larenz, FS Westermann, S. 299 (303).

¹²⁷⁸ Staudinger/Reuter § 690 Rn. 5.

¹²⁷⁹ Staudinger/Habermeier § 708 Rn. 4; MüKo/Ulmer/Schäfer § 708 Rn. 7; Soergel/Hadding § 708 Rn. 4; Bamberger/Roth/Timm/Schöne § 708 Rn. 8; NK-BGB/Heidel/Hanke § 708 Rn. 11.

¹²⁸⁰ Staudinger/Habermeier § 708 Rn. 4; Soergel/Hadding § 708 Rn. 4; Müller-Graff, AcP 191 (1991), 475, (488).

¹²⁸¹ MüKo/Ulmer/Schäfer § 708 Rn. 7; Erman/Westermann § 708 Rn. 5.

¹²⁸² MüKo/Ulmer/Schäfer § 708 Rn. 7.

¹²⁸³ Müller-Graff, AcP 191 (1991), 475, (481).

¹²⁸⁴ Müller-Graff, AcP 191 (1991), 475, (488).

¹²⁸⁵ Müller-Graff, AcP 191 (1991), 475, (489).

¹²⁸⁶ Müller-Graff, AcP 191 (1991), 475, (489).

¹²⁸⁷ Thiele, JZ 1967, 649 (654).

¹²⁸⁸ Thiele, JZ 1967, 649 (654).

¹²⁸⁹ Gerhardt, JuS 1970, 597 (603).

vilegierung erfasst, während das Integritätsinteresse nur dann erfasst sei, wenn es mit dem Leistungsinteresse verknüpft sei.¹²⁹⁰

[1]. *Würdigung*

[a]. *Wortlaut*

§ 690: Wird die Aufbewahrung unentgeltlich übernommen, so hat der Verwahrer nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

§ 708: Ein Gesellschafter hat bei der Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

Dem Wortlaut aller Vorschriften ist gemeinsam, dass eine konkrete Aussage weder zu Schutz – und Nebenpflichten getroffen wird, noch zu Hauptleistungspflichten. Allerdings werden die Pflichten, auf welche sich die Haftungsprivilegierung beziehen soll teilweise konkretisiert. In der Vorschrift, welche auf der engen personenrechtlichen Beziehung beruht (§ 708) werden die Pflichten als in Erfüllung der sich aus dem jeweiligen Rechtsverhältnis ergebenden Pflichten umschrieben. Pflichten, die sich aus dem jeweiligen Verhältnis ergeben können, sind aber mit Sicherheit auch Schutz – und Nebenpflichten. Die Formulierung „in Erfüllung“ hingegen könnte darauf hinweisen, dass nur Hauptpflichten gemeint sind. Schließlich sind nur Hauptpflichten zu erfüllen, Nebenpflichten hingegen zu beachten. In § 690 hingegen findet sich eine solche Konkretisierung nicht. Hier ist nur die Rede von „wird die Verwahrung unentgeltlich übernommen“. Dies umschreibt die Hauptleistungspflicht. Daher könnte man annehmen, der Sorgfaltsmaßstab beziehe sich auch nur auf Handlungen der Hauptleistungspflicht. Andererseits ist nicht ausdrücklich von „in Erfüllung“ die Rede, was eine weitere Formulierung als bei den anderen Vorschriften darstellt.

Festzustellen ist also zunächst, dass in der Formulierung der §§ 690 und 708 ein Unterschied besteht. Deutlich ist die Formulierung allerdings in keinem der Fälle. Der Unterschied in der Formulierung könnte für eine unterschiedliche Behandlung sprechen, muss es aber nicht.

[b]. *Historie/Genetik*

Auch an dieser Stelle besteht im Kern dasselbe Problem wie bei den §§ 521, 599; Schutz – und Nebenpflichten wurden in den Gesetzgebungsmaterialien nicht explizit erörtert.

In den Erwägungen der zweiten Kommission für § 690 wird deutlich, dass die Haftungsmilderung der unentgeltlichen Verwahrung hauptsächlich auf der passiven Vorgehensweise – im Gegensatz zum aktiven Beauftragen – beruht.¹²⁹¹ Wenn die Passivität einer Handlung im Vordergrund steht, so sagt dies über Schutzpflichten konkret nichts aus, schließlich können diese aktive oder passive Pflichten sein. Man kann hieraus aller-

¹²⁹⁰ Gerhardt, JuS 1970, 597 (603).

¹²⁹¹ Protokolle der zweiten Kommission, Bd. II, S. 393.

dings schließen, dass die Schutzpflicht einen Bezug zur passiven Verwahrertätigkeit haben sollte. Aber ebenso hier gilt: an Schutzpflichten wurde wohl nicht explizit gedacht, weshalb eine deutliche Aussage hierzu in den Gesetzesmaterialien fehlt. In der Literatur wurde daher vertreten, dass die mildere Haftung auf alle Pflichten des unentgeltlichen Verwahrers anwendbar sei;¹²⁹² wobei davon auszugehen ist, dass hierbei auch nicht an Schutzpflichten gedacht wurde.

Bei § 708 war hauptsächlich Erwägung die personenrechtlich enge Bindung der Parteien.¹²⁹³ Dieses „psychische Moment“¹²⁹⁴ orientiert sich am hypothetischen Parteiwillen, die sich so nehmen wollen, wie sie seien.¹²⁹⁵ Es ist anzunehmen, dass die Parteien, die sich kennen und aufeinander eingelassen haben, nicht für unterschiedliche Pflichten unterschiedliche Haftungsmaßstäbe anstreben. Schließlich sind teilweise Nebenpflichten von Hauptpflichten schwierig abzugrenzen. Es kann im täglichen Leben nicht wünschenswert sein, diese Abgrenzung vorzunehmen und seine Sorgfalt dementsprechend möglicherweise zu erhöhen. Umgekehrt kann der andere Teil nicht erwarten, dass ausgerechnet bei Nebenpflichten eine höhere Sorgfalt angewendet wird. Dies spricht deutlich dafür, dass die Haftungsmilderung nach der Konzeption des Gesetzgebers auch für Neben – und Schutzpflichten gelten soll. Eingeschränkt wird dieser Gedanke in den Gesetzesmaterialien wieder durch die Angabe, der Haftungsmaßstab beziehe sich nur auf Fälle, in denen „die Erfüllung einer gesellschaftlichen Verpflichtung in Frage steht, der Gesellschafter mithin als solcher [...] zu erfüllen hat“.¹²⁹⁶ Hierdurch werden Handlungen ausgeschlossen, die keinen Bezug zur Gesellschaft haben. Dies ist aber eigentlich ohnehin selbstverständlich; wenn ein Bezug zur Gesellschaft nicht gegeben ist, stehen sich die Parteien nicht als Gesellschafter gegenüber, weshalb der Haftungsmaßstab auch nicht eingreifen kann.

Nach der genetischen Auslegung ist die Anwendung der Haftungsmilderung auf Schutzpflichten im Rahmen des § 690 durchaus möglich und des § 708 sicherlich gewollt.

Die höchstrichterliche Rechtsprechung musste sich mit der Anwendbarkeit der Haftungsbegrenzung auf die eigenübliche Sorgfalt noch gar nicht auseinander setzen. In der Literatur wurde diese Problematik anfangs nicht diskutiert.¹²⁹⁷ Eine Diskussion setzte erst mit dem zunehmenden Bewusstsein der Haftung für Schutzpflichten ein. Interessant ist, dass bei § 690 die Ansicht überwiegt, nach der eine Übertragung auf Schutzpflichten ab-

¹²⁹² Windscheid/Kipp II § 378, S. 604.

¹²⁹³ Protokolle der zweiten Kommission, Bd. II, S. 420.

¹²⁹⁴ Protokolle der zweiten Kommission Bd. II, S. 420.

¹²⁹⁵ Protokolle der zweiten Kommission Bd. II, S. 420.

¹²⁹⁶ Motive zum BGB, Bd. I, S. 602.

¹²⁹⁷ Siehe zur Verwahrung etwa: Oertmann, Recht der SV, § 690 S. 740; Enneccerus, Bürgerliches Recht, Bd I 2, (1914), § 389, S. 487; (1927), § 389, S. 508. Zur Gesellschaft: Oertmann, Recht der SV, § 708 S. 769; Enneccerus, Bürgerliches Recht, Bd I 2, (1914), § 389, S. 487; (1927), § 389, S. 508; BGB-RGRK § 708 Anm. 2.

gelehnt wird,¹²⁹⁸ da die Fremdnützigkeit nur bei der Verwahrung selbst gegeben sei.¹²⁹⁹ Bei § 708 hingegen geht die ganz h.M. von einer Anwendbarkeit der Haftungserleichterung aus, wenn ein Zusammenhang mit der Gesellschaft besteht,¹³⁰⁰ da der Gesellschafter für die Verletzung von Schutz – oder Nebenpflichten nicht schärfer haften müssen als für die Verletzung von Hauptpflichten, zumal beide Inhalt des Gesellschaftsvertrages seien.¹³⁰¹ Ebenso könnte man bei § 690 argumentieren: wer so geringe passive Pflichten übernommen habe, sollte nicht bei möglicherweise sogar aktiv zu erbringenden Schutzpflichten schärfer haften müssen. Im Gegensatz zu den Vorschriften der Haftungserleichterung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit gibt es bei der eigenüblichen Sorgfalt mithin keine einhellig für alle Vorschriften bevorzugte Ansicht. Nur im Rahmen der einzelnen Vorschriften ist man sich einig.

[c]. Systematik

Bei § 690 ist es h.M., dass nur Schäden am Gut selbst oder Folgeschäden ersatzfähig sein sollen; dies schließt Schäden aufgrund von Schutzpflichtverletzungen meist aus. In der Systematik des BGB kommt es grundsätzlich aber nicht auf die Art des Rechtsgutes an, an dem der Schaden eingetreten ist, sondern auf die Art der Verursachung. An die verursachende Handlung knüpft schließlich die Haftung an. Verträge bestehen nicht lediglich aus einer Hauptleistung, sondern auch aus Nebenpflichten. Im vertraglichen Bereich kann sich daher eine Haftung generell sowohl aus der Verletzung von Haupt – als auch aus der Verletzung von Nebenpflichten ergeben. In anderen Verträgen des BGB, in welchen ebenso Haftungsmilderungen normiert sind – wie etwa die §§ 521, 599 – wurde eine Anwendung der Haftungsmilderung bejaht, wenn die Schutzpflicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Hauptleistungspflicht stand. Dies allerdings aufgrund teleologischer Überlegungen. Ein wesentlicher Unterschied des Zweckes hinter den Normen jedoch ist, dass bei den §§ 521, 599 eine dauernde Vermögenseinbuße gegeben ist, während bei § 690 eine unentgeltliche Tätigkeit durch die Eingliederung in den eigenen Herrschaftsbereich gegeben ist. Diese Tatsache wurde durch den Gesetzgeber so bewertet, dass der Maßstab, obwohl gemildert, bei § 690 im Verhältnis zu den §§ 521, 599 strenger ist; bei den §§ 521, 599 wird nie für leichte Fahrlässigkeit gehaftet, bei § 690 hingegen schon, wenn gleichzeitig die eigenübliche Sorgfalt missachtet wurde. Wenn aber der wesentliche Unterschied zwischen den Normen darin besteht, dass einmal eine Handlung, das andere mal ein Gegenstand Hauptleistungspflicht ist, wurde diesem Unterschied durch die unterschiedlichen Haftungsmaßstäbe bereits Rechnung getragen. Was hingegen die Behandlung von Schutzpflichten angeht, so spricht mehr dafür, diese gleich zu behandeln. Beides mal handelt es sich um unentgeltliche Verträge, bei der ein

¹²⁹⁸ Schwerdtner, NJW 1971, 1673 (1675); MüKo/Henssler § 690 Rn. 9; Soergel/Teichmann § 690 Rn. 5; Erman/Hermann § 690 Rn. 2; Bamberger/Roth/Gehrlein § 690 Rn. 2.

¹²⁹⁹ MüKo/Henssler § 690 Rn. 9.

¹³⁰⁰ Staudinger/Habermeier § 708 Rn. 4; MüKo/Ulmer/Schäfer § 708 Rn. 7; Soergel/Hadding § 708 Rn. 4; Bamberger/Roth/Timm/Schöne § 708 Rn. 8.

¹³⁰¹ Staudinger/Habermeier § 708 Rn. 4; Soergel/Hadding § 708 Rn. 4; Müller-Graff, AcP 191 (1991), 475, (488).

Teil ohne konkrete Gegenleistung eine Leistung erbringt, von der der andere Teil profitiert. Falls die Anwendbarkeit der Haftungsmilderung auf Schutzpflichten auch dem Telos des § 690 entspricht, spricht aus systematischen Überlegungen mehr dafür, ihn wie die §§ 521, 599 zu behandeln.

Bei § 708 ist es h.M., dass die Haftungsmilderung auf Schutzpflichtverletzungen dann anwendbar sein soll, wenn ein Zusammenhang mit der Gesellschaft besteht. Die Systematik des BGB untermauert dies insofern, als es für Personen möglich ist, sich einerseits als Gesellschafter gegenüber zu stehen, dieselben Personen sich aber auch in anderer Funktion oder gar ohne rechtliche Relevanz gegenüber stehen können. Da diese Möglichkeit prinzipiell gegeben ist und das BGB nicht so konzipiert ist, dass Gesellschafter sich ausschließlich als Gesellschafter verbinden können, ist es systemimmanent, die Haftungsmilderung, wenn man sie denn auf Schutzpflichten anwendet, nur auf solche anzuwenden, die einen Zusammenhang mit der Funktion als Gesellschafter haben. Vorher muss allerdings geklärt werden, ob eine Anwendbarkeit auf Schutzpflichten überhaupt gegeben sein soll. Im Vergleich zu den §§ 690, 521, 599 besteht hier kein einzelnes Schuldverhältnis, sondern ein umfassenderes Gesellschaftsverhältnis. Die Parteien haben sich auf mehreren Ebenen eng miteinander verbunden, schließlich kann die Förderung des gemeinsamen Zweckes verschiedenste Handlungen erfordern. Diese verschiedenen Handlungen können aber auch Neben – und Schutzpflichten beinhalten. Dies weil der gemeinsame Zweck durch das Gesetz nicht so konkret definiert wird, wie die Hauptleistungspflicht einer Verwahrung beispielsweise. Da das gesetzliche Leitbild des gemeinsamen Zweckes so weit ist und vor allem eine enge personelle Bindung voraussetzt, müssen Neben – und Schutzpflichten miteinbezogen werden. Denn je enger der Kontakt, desto wahrscheinlicher das Entstehen solcher Nebenpflichten.

Der Systematik nach ist es bei § 690 durchaus möglich und bei § 708 erforderlich, dass Neben – und Schutzpflichten der Haftungsmilderung unterfallen sollen.

[d]. Telos

Als hinter dem § 690 stehendes Telos wurde die Tatsache, dass dort jemand unentgeltlich im Interesse eines anderen handelt und eine Sache in seiner persönliche Herrschaftssphäre nimmt, ermittelt. Gerade Neben – und Schutzpflichten bestehen im Interesse des Vertragspartners; diese sind unentgeltlich. Grundsätzlich passt der Sinn und Zweck der Haftungsmilderung auch auf solche Pflichten. Allerdings sind Neben – und Schutzpflichten ebenfalls bei entgeltlichen Verträgen unentgeltlich. Dort hingegen besteht keine Haftungsmilderung. Es stellt sich daher die Frage, ob das Handeln im Interesse eines anderen und die Eingliederung eines Gegenstandes in die persönliche Sphäre auch für Nebenpflichten relevant ist. Wesentlicher Aspekt der Haftungsmilderung ist der Sphärengedanke. Im BGB ist grundsätzlich derjenige für eine Sache verantwortlich, in dessen Sphäre sie sich befindet, beispielsweise der Tieraufseher § 833. Andererseits kann jemand, in dessen Sphäre sich Gegenstände befinden, die gleichzeitig noch in seinem Eigentum stehen, mit diesen frei verfahren (§ 903). Die Haftung für eine Schutzpflichtverletzung stellt eine Einschränkung dar, da der Vertragspartner in seiner Sphäre da-

für sorgen muss, dass dem Gegenüber kein Schaden entsteht. Dies ist aufgrund des vertraglichen Kontaktes im BGB so vorgesehen. Allerdings besteht hier die Besonderheit, dass es sich um einen unentgeltlichen Vertrag handelt, bei dem eine Sache in den Herrschaftsbereich dieses unentgeltlich Handelnden gelangt. Da dies aus der Sicht des Gesetzgebers die Schaffung eines mildernden Haftungsmaßstabes gerechtfertigt hat, muss jener daher dann anwendbar sein, wenn ein Bezug zur Hauptvertragspflicht gegeben ist, auch wenn es sich technisch gesehen um eine Schutzpflicht handelt. Daher ist in dieser Konstellation entgegen der h.M. ebenso wie bei den §§ 521, 599 eine Anwendbarkeit der Haftungsmilderungen auf Schutzpflichtverletzungen dann gegeben, wenn diese in unmittelbarem Zusammenhang mit der Hauptleistungspflicht stehen.

Dass diese Sicht durchaus in der Praxis den Vorzug vor der h.M. verdient, lässt sich an einem Beispiel verdeutlichen. A verwahrt den Hamster von B. Für den Hamster von B verwendet A einen Käfig, der außen scharfkantig ist. Dem Hamster macht das nichts. Als A jedoch seinen Hamster abholt, verletzt er sich an dem scharfkantigen Käfig. Hier ist ein eindeutiger Bezug zur Verwahrung gegeben; ohne Käfig kann man Hamster nicht verwahren. Der Schaden ist zwar weder am Hamster noch unmittelbar durch den Hamster an einer anderen Sache eingetreten. Jedoch ist er eindeutig im engen Zusammenhang mit der Tätigkeit der Verwahrung selbst eingetreten. Bei der Verwahrung selbst soll dem Zweck der Haftungsprivilegierung nach diese aber gelten. Daher ist zu befürworten, dass die Haftungsprivilegierung entgegen der ganz überwiegenden Meinung dann auf Schutzpflichten anzuwenden ist, wenn eine Schutzpflicht verletzt wird, welche in unmittelbarem Zusammenhang mit der Hauptleistungspflicht steht.

Bei § 708 wurde das Telos hinter der Vorschrift wie folgt ermittelt: es findet eine Entlastung des unentgeltlich Tätigen und eine Förderung der dynamischen Handlungsfähigkeit der Gesellschaft statt. Daher handelt es sich um eine zumindest teilweise fremdnützige Tätigkeit. Aufgrund des engen persönlichen Vertrauensverhältnisses können sich die anderen Gesellschafter hierauf einstellen. Die Wertung als enges persönliches Vertrauensverhältnis spricht für eine Möglichkeit der Anwendbarkeit der Haftungsmilderung auf Schutzpflichten: eine grundsätzliche Nichtanwendung der Haftungsprivilegierung auf Schutzpflichten bezöge sich ausschließlich auf die Interessen des Verletzten und dessen Rechtsgütern. Die Haftungsprivilegierung beruht aber gerade darauf, dass sich die Gesellschafter gegenseitig kennen. Dieser Gegenseitigkeit würde man durch ein einseitiges Abstellen auf die Interessen des Verletzten nicht gerecht werden. Dies wird durch den Gedanken der Handlungsfähigkeit gestützt: dieser gilt gerade auch für die Schutzpflichtverletzung; es würde diese Handlungsfähigkeit wesentlich beeinträchtigen, wenn ein Gesellschafter bei jeder gesellschaftsspezifischen Handlung überprüfen müsste, ob es sich um die Erfüllung einer Hauptleistungspflicht oder um die Beachtung einer Schutzpflicht handelt und einen dementsprechenden Sorgfaltsmaßstab anzuwenden. Dass die Schutzpflicht ihrerseits einen Zusammenhang mit der Erfüllung einer Hauptvertragspflicht aus dem Gesellschaftsvertrag stehen muss, wurde bei der historischen Auslegung schon angedeutet und ergibt sich zudem aus der Tatsache, dass auch Gesellschafter sich außerhalb der Gesellschaft wie Fremde gegenüber stehen können.

Bei der Betrachtung des Wortlautes wurde deutlich, dass zwischen der Formulierung des § 690 und des § 708 ein Unterschied besteht; jedoch wird dies verständlich, wenn man bedenkt, dass § 690 ein konkretes Schuldverhältnis umschreibt, während § 708 ein möglicherweise umfassenderes Gesellschaftsverhältnis umschreibt. Da jedoch alle anderen Gesichtspunkte für eine Gleichbehandlung dieser Vorschriften sprechen spiegelt die unterschiedliche Formulierung lediglich die verschiedenen Hintergründe der Vorschriften dar. Die Haftungsmilderung muss in beiden Fällen auch auf Schutzpflichten anwendbar sein, wenn diese im Zusammenhang mit der Hauptleistungspflicht stehen.

[e]. Zusammenfassung

Der Wortlaut der §§ 690 und 708 ist leicht unterschiedlich; jedoch ist er bezüglich Schutzpflichten in beiden Fällen nicht eindeutig. Bei der genetischen Auslegung ergibt sich wie bei den §§ 521, 599, dass an Schutzpflichten nicht explizit gedacht wurde. Die Erörterungen lassen jedoch den Schluss zu, dass die Anwendung der Haftungsmilderung auf Schutzpflichten im Rahmen des § 690 durchaus möglich und des § 708 sicherlich gewollt war. Die Literaturmeinungen sind sich zu beiden Vorschriften relativ einig; allerdings herrscht bei § 690 die Ansicht vor, dass eine Anwendung auf Schutzpflichten nicht gegeben sein könne, während bei § 708 eine Anwendbarkeit auf Schutzpflichten gegeben sein soll, wenn ein Zusammenhang mit der Gesellschaft gegeben ist. Die Systematik des BGB hingegen spricht für eine Gleichbehandlung der §§ 690, 708; für die Verletzung einer Schutzpflicht kommt es prinzipiell nicht auf die Art des Rechtsgutes an, an dem der Schaden eingetreten ist, was gegen die Ansicht spricht, nach der nur Schäden am Verwahrungsgut selbst oder Folgeschäden ersatzfähig sein sollen. Der Vergleich des § 690 mit den §§ 521, 599 hat ergeben, dass hier vertragliche Hauptleistung eine unentgeltliche Handlung und dort ein schenk – oder leihweise überlassener Gegenstand ist. Dieser geringfügigen Abweichung wurde aber bereits durch die Tatsache Rechnung getragen, dass der Maßstab der *diligentia quam in suis* etwas strenger ist. Beim umfassenden Gesellschaftsverhältnis ist das gesetzliche Leitbild des gemeinsamen Zweckes so weit, dass auch Nebenpflichten hierunter fallen können. Sinn und Zweck der jeweiligen Normen spricht ebenfalls für eine gleiche Behandlung: gerade Schutzpflichten entstehen in der Sphäre des unentgeltlich tätig werdenden Verwahrers. In der Gesellschaft schließlich würde die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft stark eingeschränkt, wenn der Handelnde immer genau prüfen müsste, ob es sich um eine Haupt – oder eine Nebenpflicht handelt. Daher sind die Haftungsmilderungen der eigenüblichen Sorgfalt dann auf Nebenpflichten anzuwenden, wenn ein unmittelbarer Zusammenhang mit der Hauptleistungspflicht besteht.

[2]. Ergebnis

Auch bei den §§ 690, 708 ist die Ansicht vorzuziehen, welche auf einen unmittelbaren Zusammenhang der Schutzpflicht mit der Hauptleistungspflicht abstellt. Bei § 690 ist daher ein Zusammenhang mit der Tätigkeit als Verwahrer, bei § 708 ein Zusammenhang mit der Tätigkeit als Gesellschafter relevant.

Bemerkenswert ist, dass im Rahmen der beiden Haftungsprivilegierungen, welche mit demselben Privilegierungsgrund operieren, jeweils genau die entgegengesetzte Ansicht herrschend ist: bei § 690 soll hiernach grundsätzlich nicht für Schutzpflichten gelten; § 708 hingegen soll grundsätzlich für Schutzpflichten gelten. Dies ergibt sich aus den unterschiedlichen Erwägungen, denen die Haftungsprivilegierungen beruhen. Jedoch kann aus diesen unterschiedlichen Hintergründen nicht geschlossen werden, dass die Fälle jeweils anders zu behandeln sind. Vielmehr ist beiden gemein, dass sie sich auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis beziehen. Dieses bestimmte Rechtsverhältnis ist in beiden Fällen ein unentgeltliches. Daher ist es richtig, beide dann auf Schutzpflichtverletzungen anzuwenden, wenn sich ein Zusammenhang mit dem jeweiligen Rechtsverhältnis ergibt.

h. Delikt

Streitig ist die Auswirkung von gesetzlichen Haftungserleichterungen auf das Deliktsrecht.

Zu den Haftungsprivilegierungen auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit wurde bereits Stellung genommen; mit dem Ergebnis, dass es hier darauf ankommt, ob der Schaden in Zusammenhang mit den vertraglichen Pflichten steht. Fraglich ist, ob dies im Rahmen der eigenüblichen Sorgfalt auch der Fall sein muss. Die Haftungsprivilegierungen auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit entstammen dem schuldrechtlichen Bereich. Im Unterschied hierzu sind die Privilegierung der eigenüblichen Sorgfalt auch in anderen Gebieten des BGB zu finden.

Die ganz herrschende Meinung in Rechtsprechung¹³⁰² und Literatur¹³⁰³ will die gesetzlichen Haftungserleichterungen grundsätzlich auf deliktische Tatbestände anwenden. Begründet wird dies vor allem damit, dass die Haftungsprivilegierung sonst ihre Bedeutung verliere.¹³⁰⁴ Dass dies der entscheidende Gesichtspunkt sei, ergebe sich daraus, dass durch das Gesetz eine Wertung vorgenommen worden sei, welche aufgrund ihrer Allgemeinheit auch auf das Deliktsrecht anwendbar sei.¹³⁰⁵ Diese uneingeschränkte Sichtweise begegnet jedoch teilweise Bedenken; so sollen die Haftungsmilderung nur dann Anwendung finden, wenn die Ratio der Haftungsmilderung für den Schaden einschlägig sei.¹³⁰⁶ Kritisiert wird generell auch, dass der Anwendungsbereich gesetzlicher Haftungsprivilegierungen andererseits mit guten Gründen versucht werde einzuschränken, wie beispielsweise der Anwendungsbereich der §§ 521, 599.¹³⁰⁷

¹³⁰² BGHZ 46, 313 (316, 317); 86, 234 (240); 93, 23 (29); 96, 221, (229); BGH NJW 1998, 2282 (2283).

¹³⁰³ Deutsch/Ahrens, Deliktsrecht, § 10 Rn. 159, S. 60; Staudinger/Hager Vorbem. zu §§ 823 ff. Rn. 38; Soergel/Spickhoff Vor § 823 Rn. 73; Bamberger/Roth/Spindler § 823 Rn. 0.46; Erman/Schiemann Vor § 823 Rn. 26; Esser/Weyers, SchuldR Bd II BT 2, § 54 IV, S. 149; in der Tendenz wohl auch MüKo/Wagner Vor § 823 Rn. 71.

¹³⁰⁴ Soergel/Spickhoff Vor § 823 Rn. 76.

¹³⁰⁵ Arens, AcP 1970 (170), 392 (398).

¹³⁰⁶ MüKo/Grundmann § 276 Rn. 37.

¹³⁰⁷ MüKo/Wagner Vor § 823 Rn. 71.

aa. Würdigung

[1]. Wortlaut

§ 346: „die Pflicht zum Wertersatz entfällt, [...] wenn im Falle eines gesetzlichen Rücktrittsrechts die Verschlechterung oder der Untergang beim Berechtigten eingetreten ist, obwohl dieser diejenige Sorgfalt beobachtet hat, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.“

§ 690: „Wird die Aufbewahrung unentgeltlich übernommen, so hat der Verwahrer nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.“

§ 708: „Ein Gesellschafter hat bei der Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.“

§ 1359: „Die Ehegatten haben bei der Erfüllung der sich aus dem ehelichen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen einander nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen.“

§ 1664 I: „Die Eltern haben bei der Ausübung der elterlichen Sorge dem Kind gegenüber nur für die Sorgfalt einzustehen, die sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen.“

§ 2131: „Der Vorerbe hat dem Nacherben gegenüber in Ansehung der Verwaltung nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.“

Dem Wortlaut nach sind die Vorschriften in ihrer Anwendbarkeit jeweils nicht auf ein bestimmtes Gebiet eingeschränkt. Allerdings ist der Haftung in den personenrechtlich geprägten Verhältnissen (§§ 708, 1359, 1664) gemeinsam, dass nur in Erfüllung oder in Ausübung des jeweiligen Rechtsverhältnisses gehaftet wird. Erfüllung ist hier nicht technisch wie im Schuldrecht zu sehen, da die Erfüllung keine Rechtsfolge (wie § 362) nach sich zieht. Hieraus ergibt sich vielmehr, dass eine Haftungs-milderung nur dann in Frage kommt, wenn sich die Personen in der jeweiligen Eigenschaft als Gesellschafter, Ehegatte oder Elternteil gegenüber stehen. Dass jedoch deliktische Verpflichtungen ausgenommen werden müssen, lässt sich hieraus nicht folgern; schließlich können auch bei der Erfüllung deliktische Verletzungen entstehen.

Bei der unentgeltlichen Verwahrung ist einerseits die Hauptleistungspflicht ausdrücklich erwähnt: Übernahme der Verwahrung. Dies könnte gegen eine Anwendbarkeit des Haftungsmaßstabes im Deliktsrecht sprechen. Hierdurch wird vor allem ausgesagt, dass bei Unentgeltlichkeit die Haftung gemildert werden soll, während bei entgeltlicher Verwahrung eine solche Milderung nicht eingreifen soll. Zudem ist andererseits die Formulierung weiter als „bei Erfüllung“, was für eine Anwendung auf das Deliktsrecht sprechen könnte.

Der Wortlaut lässt die Anwendung des Maßstabes auf deliktische Ansprüche zu; er schließt sie zumindest nicht ausdrücklich aus.

Einzig bei § 2131, bei dem der Vorerbe nur in Ansehung der Verwaltung haften soll, deutet der Wortlaut darauf hin, dass dort nur Pflichtverletzungen gemeint sind, die bei der Verwaltung des Vermögens entstehen, hingegen keine Pflichtverletzungen, die zur Verletzung anderer deliktsrechtlich geschützter Güter – etwa die körperliche Unversehrtheit – führen. Bei § 346 wird regelmäßig das verletzte Rechtsgut fehlen, da beispielsweise eine Kaufsache als Vertragsgegenstand zum Zeitpunkt der Schädigung regelmäßig im Eigentum des Rücktrittsberechtigten steht und daher keine Eigentumsverletzung gegeben sein kann.¹³⁰⁸ Auf etwas anderes als eine Sache und somit eine Eigentumsverletzung kann sich der Wertersatzanspruch jedoch nicht beziehen, so dass in dieser Konstellation keine Probleme ersichtlich sind.

[2]. *Historie*

Wie oben bereits dargelegt hat sich das Haftungssystem des BGB seit seinem Entstehen weiter entwickelt.

[a]. *Gesetzgebungsmaterialien*

Zur Zeit der Schaffung des BGB waren die deliktischen Verkehrssicherungspflichten noch nicht so weit ausgedehnt. Ursprünglich hatten die Normen des Deliktsrechts einen geringeren Anwendungsbereich. Dieser hat sich jedoch durch die Akzeptanz verschiedenster Verkehrssicherungspflichten erweitert. Die Vorschriften über die eigenübliche Sorgfalt hingegen bestehen nach wie vor. Dass diese trotz Ausdehnung der Verkehrskreise in zahlreichen Reformen nicht verändert wurden, spricht dafür, dass deren Anwendungsbereich auch weiter geworden ist. Im Unterschied zu § 521 wird in den Gesetzgebungsmaterialien aller Haftungsprivilegierung auf die eigenübliche Sorgfalt kein ausdrücklicher Bezug auf die Erfüllung genommen. Um eine Erfüllung kann es nur bei den §§ 690, 708 als Schuldverhältnisse gehen. Bei § 708 wird von einer „gemeinschaftlichen Angelegenheit“¹³⁰⁹ gesprochen, was eine sehr weite Formulierung ist und auch deliktische Haftung umfassen könnte. Nach der genetischen Auslegung ist eine Anwendung auf deliktische Sachverhalte möglich, aber nicht zwingend.

[b]. *Rechtslehre und Rechtsprechung*

[aa]. *Nicht anwendbar*

Dass Haftungsminderungen grundsätzlich nicht auf das Deliktsrecht anzuwenden seien, wird kaum vertreten.¹³¹⁰ Für diese Ansicht sprach vor allem der Gedanke, dass das Vertrags – und Deliktsrecht nebeneinander stünden, ganz andere Rechtskreise regelten¹³¹¹ und sich somit nicht beeinflussen könnten.¹³¹² Diese veraltete Auffassung beruhte vor allem darauf, dass der deliktisch Handelnde wesentlich weniger ausgeprägten Verkehrs-

¹³⁰⁸ Anders nur, wenn ein Eigentumsvorbehalt vereinbart war.

¹³⁰⁹ Protokolle der zweiten Kommission Bd. II, S. 420.

¹³¹⁰ Kritisch ggü. der h.M. heute jedenfalls noch MüKo/Wagner Vor § 823 Rn. 71.

¹³¹¹ Dietz, Anspruchskonkurrenz, S. 264.

¹³¹² Dietz, Anspruchskonkurrenz, S. 240.

pflichten hatte;¹³¹³ jedoch hat sich das Deliktsrecht seither wesentlich weiter entwickelt, so dass diese Auffassung heute als veraltet angesehen werden kann.

[bb]. Anwendbar

Es wird vertreten, dass die Haftungsmilderung des § 690 grundsätzlich auch im Deliktsrecht anwendbar sei;¹³¹⁴ beziehungsweise dann, wenn der Verwahrer in seiner spezifischen Rolle als Verwahrer tätig sei.¹³¹⁵ Dies wurde so bereits früher, allerdings vereinzelt, vertreten.¹³¹⁶

Für die Haftungsmilderung des § 708 ist man überwiegend der Auffassung, dass diese auf das Deliktsrecht zu übertragen ist.¹³¹⁷ Dies wird teilweise eingeschränkt, indem die Übertragung nur dann bejaht wird, wenn ein Zusammenhang mit den Pflichten aus dem Gesellschaftsvertrag bestehe.¹³¹⁸ Jedenfalls wird überwiegend die Gleichbehandlung mit konkurrierenden vertraglichen Ansprüchen empfohlen.¹³¹⁹

Auch bei § 1359 wird die Geltung für das Deliktsrecht überwiegend befürwortet;¹³²⁰ eine Beschränkung auf den innerhäuslichen Bereich sei abzulehnen, weil dieser nicht eindeutig abtrennbar sei.¹³²¹

Dass § 1664 nicht auf das Deliktsrecht anwendbar sei, wurde vereinzelt vertreten: § 1664 sei schon nicht auf eine Aufsichtspflichtverletzung anwendbar, daher stelle sich die Frage der Anwendung auf den konkurrierenden Deliktsanspruch nicht.¹³²² Schließlich stehe die Wertung des § 1664 dem entgegen: die Berechtigung dieser Vorschrift sei bereits zweifelhaft, weil dort eine einseitige Interessenswertung zulasten des Kindes getroffen werde; daher sei sie nicht auf den Fall der Aufsichtspflichtverletzung anwendbar.¹³²³

Nun geht aber die mittlerweile herrschende Meinung davon aus, dass dieser auf das Deliktsrecht anwendbar ist, wenn ein Zusammenhang mit der Verletzung der elterlichen Sorgspflicht gegeben ist.¹³²⁴ Schließlich sei die Vorschrift nicht auf die Sonderbe-

¹³¹³ Dietz, Anspruchskonkurrenz, S. 265.

¹³¹⁴ Bamberger/Roth/Gehrlein § 690 Rn. 2.

¹³¹⁵ Staudinger/Reuter § 690 Rn. 5; MüKo/Henssler § 690 Rn. 8; Soergel/Teichmann § 690 Rn. 1; OLG Zweibrücken NJW-RR 2002, 1456 (1457).

¹³¹⁶ Windscheid/Kipp II Vor § 451, S. 950.

¹³¹⁷ MüKo/Ulmer/Schäfer § 708 Rn. 4; Soergel/Hadding § 708 Rn. 7; Henssler/Strohn/Servatius, Gesellschaftsrecht, § 708 Rn. 4.

¹³¹⁸ Staudinger/Habermeier § 708 Rn. 10; Bamberger/Roth/Timm/Schöne § 708 Rn. 13.

¹³¹⁹ Bamberger/Roth/Timm/Schöne § 708 Rn. 13.

¹³²⁰ Staudinger/Voppel § 1359 Rn. 15; MüKo/Roth § 1359 Rn. 18; Soergel/Lange § 1359 Rn. 2; Bamberger/Roth/Hahn § 1359 Rn. 5; Dressler, in: Wussow, UnfallhaftpflichtR, Kapitel 70 Rn. 6; Schellhammer, FamR nach AGL, Rn. 75, S. 40; Gernhuber/Coester-Waltjen, FamR § 22 I 2, Rn. 4; OLG Hamm, VersR 2002, 732 (732); OLG Nürnberg, ZfS 2008, 317 (318).

¹³²¹ Staudinger/Voppel § 1359 Rn. 15; MüKo/Roth § 1359 Rn. 18.

¹³²² Sundermann, JZ 1989, 927 (934).

¹³²³ Sundermann, JZ 1989, 927 (934).

¹³²⁴ Staudinger/Engler § 1664 Rn. 12; MüKo/Huber § 1664 Rn. 9; Soergel/Strätz § 1664 Rn. 4; Erman/Michalski/Döll § 1664 Rn. 6; Bamberger/Roth/Veit § 1664 Rn. 7.1; NK-BGB/Rakete-Dombek § 1664 Rn.

ziehung aus der elterlichen Sorge zwischen Eltern und Kind beschränkt;¹³²⁵ außerdem würde die Regelung sonst weitgehend leer laufen.¹³²⁶ Der Haftungsprivilegierte solle endgültig vor einer Inanspruchnahme sicher sein; das könne nur dann der Fall sein, wenn die Haftungserleichterung im Deliktsrecht anwendbar sei.¹³²⁷ Auch entspreche dies dem Telos, da der innerfamiliäre Friede ebenso bei der Geltendmachung von deliktischen Ansprüchen gefährdet sei.¹³²⁸ Ohnehin sei das Kind durch die Unterhaltspflicht der Eltern finanziell abgesichert.¹³²⁹ Aus ähnlichen Erwägungen wird variierend hierzu die Anwendbarkeit des § 1664 verneint, dasselbe Ergebnis aber über die Einschränkung der Durchsetzbarkeit der Ansprüche des Kindes gegen die Eltern erreicht.¹³³⁰

In Rechtslehre ist es inzwischen also ganz h.M., dass jegliche gesetzliche Haftungsmilderung grundsätzlich auch auf das Deliktsrecht anwendbar sein soll, wenn ein Zusammenhang mit einer Pflicht des jeweiligen Verhältnisses bestehe.

Die Herauskristallisierung dieser einheitlich vertretenen Meinung für vertragliche Vorschriften wie dem § 690 hängt v.a. mit der Entwicklung des BGB im Bereich des Delikts – und Vertragsrechtes zusammen.¹³³¹ Während man sich in der früheren Literatur zu der Anwendbarkeit von § 690 im Deliktsrecht gar nicht äußerte, ist im Familienrecht die Situation anders: hier wurde eine Einschränkung für das Deliktsrecht bejaht: nämlich, dass ein Zusammenhang der Verletzungshandlung mit der elterlichen Fürsorge bestehen müsse, um die Haftungsmilderung eingreifen zu lassen.¹³³² Dies zeigt, dass eine grundsätzliche Anwendbarkeit auf das Deliktsrecht schon immer vorausgesetzt war. Eine Ausnahme wird seit der Entscheidung des BGH¹³³³ hierzu allgemein nur im Kraftwagenverkehr gesehen.¹³³⁴ Bei § 2131 schließlich wird dieses Problem, wohl mangels praxisrelevanter Fallgestaltungen, gar nicht diskutiert.

Die obergerichtliche Rechtsprechung wendet die Haftungsprivilegierung des § 690 auf das Deliktsrecht an.¹³³⁵ Der BGH lehnt eine Übertragung der Haftungsmilderung (§§ 708, 1359) ausdrücklich im Straßenverkehr¹³³⁶ und nun auch beim Steuern eines Mo-

8; Schwab, FamR, Rn. 692; BGH NJW 1988, 2667 (2669); OLG Hamm NJW 1993, 542 (543); OLG Bamberg NJW 2012, 1820 (1821). a.A., nach der es nicht auf den Zusammenhang ankommt, sondern § 1664 immer auf Deliktsrecht anwendbar ist: Wilts, VersR 1967, 105 (108).

¹³²⁵ MüKo/Huber § 1664 Rn. 9.

¹³²⁶ MüKo/Huber § 1664 Rn. 9.

¹³²⁷ Christensen, MDR 1989, 948 (949).

¹³²⁸ MüKo/Huber § 1664 Rn. 9.

¹³²⁹ MüKo/Huber § 1664 Rn. 9.

¹³³⁰ Gernhuber/Coester-Waltjen, FamR § 57 IV 6, Rn 40.

¹³³¹ S.o.: S. 143.

¹³³² BGB-RGRK § 1664 Anm. 3.

¹³³³ BGHZ 46, 313 ff.

¹³³⁴ S.u.: S. 263.

¹³³⁵ OLG Zweibrücken NJW-RR 2002, 1456 (1457) unter Berufung auf BGH (Urteile aber zu Vorsatz und grober Fahrlässigkeit: z.B. BGH, NJW 1992, 2474 (2475); BGHZ 93, 23 (Kartoffelpülpe-Fall). Bzw. überholte RSpr. zu § 708 im Straßenverkehr BGH VersR 1960, 802 (804).

¹³³⁶ BGHZ 46, 313 ff. (§ 708); BGHZ 53, 352 ff. (§ 1359).

torbootes ab.¹³³⁷ Für § 1359 hat der BGH weiterhin angeregt, dass dieser nur im häuslichen Bereich anwendbar sei.¹³³⁸ Dem sind jedoch Literatur und Obergerichte¹³³⁹ nicht gefolgt, da § 1359 für den gesamten ehelichen Pflichtenkreis gelte, zu dem unter anderem die Pflicht, den anderen vor Schaden zu bewahren, gehöre.¹³⁴⁰ Der BGH schloss sich zwar dieser konkreten Argumentation nicht an; auch wendete er § 1359 bisher noch nicht auf deliktische Ansprüche an. Dies begründete er in der konkreten Lage aber nicht mehr mit der Unanwendbarkeit im außerhäuslichen Bereich; vielmehr stellte er im vorliegenden Fall beim Steuern eines Motorbootes eine ähnliche Gefährlichkeit wie die des Straßenverkehrs fest.¹³⁴¹ Zudem sei § 1359 eine Ausnahmenvorschrift zu § 276, welche als solche eng auszulegen sei.¹³⁴²

Bezüglich des § 1664 hatte zunächst das RG dessen Anwendbarkeit im Deliktsrecht überhaupt nicht geprüft.¹³⁴³ Der BGH hingegen betonte, dass eine Körperverletzung i.S.d. § 823 I gleichzeitig eine Verletzung der elterlichen Obhutspflicht sein könne und ein Elternteil auch aus Delikt haften könne.¹³⁴⁴ § 1664 sei jedenfalls dann auf das Deliktsrecht anwendbar, wenn die verletzten Pflichten „ganz in der Sorge für die Person des Kindes aufgehen“, andernfalls sei der Anwendungsbereich des § 1664 zu weit eingeschränkt.¹³⁴⁵ Jedoch konnte der BGH im konkreten Fall offen lassen, ob dies auch bei der Verletzung für objektive Verkehrssicherungspflichten gelten solle.¹³⁴⁶ Zu der Übertragbarkeit des § 1664 auf eine allgemeine deliktischen Verletzung musste der BGH noch nie ausdrücklich Stellung nehmen.¹³⁴⁷ In der obergerichtlichen Rechtsprechung jedoch waren solche Fälle zu entscheiden, wobei befürwortet wurde, dass die Haftungsprivilegierung des § 1664 auf das Deliktsrecht anwendbar ist.¹³⁴⁸ Ausdrücklich ausgenommen wurde dies für den Unfall im Straßenverkehr, da hier die Rechtsprechung des BGH überzeugend sei.¹³⁴⁹ Sonst aber sprächen sowohl der weitgefasste Wortlaut als auch Systematik dieser allumfassend angelegten Haftungserleichterung zwingend hierfür.¹³⁵⁰ Da es Zweck der Norm sei, den familiären Frieden zu sichern, müsse diese auf das Deliktsrecht Anwendung finden.¹³⁵¹

¹³³⁷ Beim Motorbootfahren BGH NJW 2009, 1875 (1876), nicht hingegen im Luftverkehr BGH JZ 1972, 88 (89).

¹³³⁸ BGHZ 53, 352 (354).

¹³³⁹ OLG Hamm, VersR 2002, 732 (732); OLG Nürnberg, ZfS 2008, 317 (318).

¹³⁴⁰ OLG Hamm, VersR 2002, 732 (732).

¹³⁴¹ BGH NJW 2009, 1875 (1876).

¹³⁴² BGH NJW 2009, 1875 (1875).

¹³⁴³ RGZ 75, 251 (253).

¹³⁴⁴ BGH NJW 1979, 973 (973).

¹³⁴⁵ BGH NJW 1988, 2667 (2669).

¹³⁴⁶ BGH NJW 1988, 2667 (2669).

¹³⁴⁷ Ausdrücklich offen gelassen in: BGH NJW 1979, 973 (974).

¹³⁴⁸ OLG Hamm NJW 1993, 542 (543); OLG Bamberg NJW 2012, 1820 (1821).

¹³⁴⁹ OLG Hamm NJW 1993, 542 (543), OLG Bamberg NJW 2012, 1820 (1821).

¹³⁵⁰ OLG Hamm NJW 1993, 542 (543).

¹³⁵¹ OLG Bamberg NJW 2012, 1820 (1821).

Hier wird sogar die Versicherbarkeit dieses Risikos ausdrücklich angesprochen: schließlich sei es den Eltern möglich, sich gegen einen durch das Kind an einem Dritten angerichteten Schaden zu versichern. Wenn hingegen das eigene Kind verletzt würde, sei eine solche Versicherung gar nicht möglich.¹³⁵² Die bloße Möglichkeit der Versicherung wurde von der Rechtsprechung bisher lediglich bei der Probefahrt als maßgebliches Kriterium angesehen;¹³⁵³ dies, da dort ein Mitverschulden gem. § 254 gegeben sei, wenn eine Versicherung unterlassen werde, obwohl eine Materie des Pflichtversicherungsrechtes gegeben ist.¹³⁵⁴ Hier jedoch ist der Fall anders gelagert: der Schadensfall hätte gar nicht versichert werden können. Wenn man hieraus zugunsten des Schädigers schließt, dass ein Schaden nicht durch ihn getragen werden muss, erscheint dies allerdings gewagt. Dann hätte die Möglichkeit der Versicherung bzw. nicht Nichtmöglichkeit der Versicherung Auswirkungen auf haftungsbegründende Tatbestände. Indes kann und will das Versicherungsrecht nicht jegliches private Risiko übernehmen. Zudem ist gerade bei Sachverhalten, die nicht versicherbar sind, kein gesetzgeberischer Hinweis gegeben, dass eine Verknüpfung zwischen Versicherungsrecht und Haftungsrecht gewollt ist. Zudem könnte man umgekehrt den Nichtabschluss einer möglichen Versicherung stets¹³⁵⁵ zulasten des Schädigers werten: wer keine Versicherung abschließt, obwohl dies möglich wäre, müsste dann für einen entstandenen Schaden haften. Dies freilich würde dem Verschuldensprinzip gänzlich widersprechen und die private Handlungsfreiheit in einem nicht zu rechtfertigenden Maße einschränken. Für eine solche Einschränkung jedenfalls wäre ein ausdrückliches Parlamentsgesetz vonnöten.

Inzwischen gehen alle Obergerichte und der ganz überwiegende Teil der Fachliteratur davon aus, dass die Haftungserleichterungen wegen eigenüblicher Sorgfalt grundsätzlich auf das Deliktsrecht Anwendung finden müssen, wenn ein Zusammenhang zu der Pflicht aus dem jeweiligen Rechtsverhältnis besteht. Der BGH widerspricht dem nicht grundsätzlich, wobei in den konkreten Entscheidungen zu § 1359 aber eine Übertragbarkeit immer aufgrund der Erwägungen, die für den Straßenverkehr gelten, abgelehnt wurde. Zumindest die Eingrenzung auf die Anwendbarkeit nur im innerhäuslichen Bereich scheint überholt. Daher ergibt sich in Literatur und Rechtsprechung ein einheitliches Bild, welches die Haftungsprivilegierung bei Zusammenhang mit dem Rechtsverhältnis auf das Deliktsrecht anwendet, im Straßenverkehr jedoch eine Ausnahme macht. Aufgrund dieses allgemeinen Verständnisses kann man vom Beginn der Bildung einer allgemeinen Rechtsüberzeugung sprechen, welche möglicherweise in Gewohnheitsrecht münden wird.

¹³⁵² OLG Hamm NJW 1993, 542 (543).

¹³⁵³ BGH NJW 1972, 1363 (1363); BGH NJW 1979, 643 (644); BGH NJW 1980, 1681 (1682). S.u.: S. 271.

¹³⁵⁴ Lange/Schiemann, Schadensersatz, § 10 XVI 2, S. 657.

¹³⁵⁵ Nicht nur wie durch die sonstige Rechtsprechung in einer Materie des Pflichtversicherungsrechtes (bei Probefahrten).

[3]. Systematik

Die Haftungsmilderungen stehen systematisch bei den jeweiligen Verträgen bzw. Rechtsverhältnissen eingeordnet. Allerdings wird die eigenübliche Sorgfalt im allgemeinen Teil des BGB definiert (§ 277). Vorsatz und Fahrlässigkeit in § 823 orientieren sich am Begriff des § 276 I, so dass die eigenübliche Sorgfalt auch im Deliktsrecht anwendbar sein könnte.

Bei den anderen bereits erörterten Haftungsmilderungen war diese aus zwingenden systematischen Gesichtspunkten auf das Deliktsrecht anzuwenden. Dort wurde bereits festgestellt, dass es ansonsten zu einem Wertungswiderspruch in der Gesamtordnung des BGB käme: schließlich wird durch das Vertragsrecht das Erfüllungs – und Integritätsinteresse geschützt, während das Deliktsrecht nur letzteres schützt. Da eine Verletzungshandlung beide Interessen beeinträchtigen kann, kann man nicht per se sagen, die Haftungsmilderung beziehe sich nur auf das Erfüllungsinteresse. Da sich die geschützten Interessen in Vertrags – und Deliktsrecht überschneiden, muss deswegen die Haftungsmilderung gleichermaßen überschneidend angewendet werden.

Diese Erwägungen sind so auf § 690 übertragbar, der sich ebenfalls im schuldrechtlichen Bereich befindet. Die §§ 708, 1359, 1664, 2131 hingegen sind im Gesellschafts – bzw. Familien – bzw. Erbrecht. Die Gesellschaft jedoch ist eine Form des schuldrechtlichen Zusammenschlusses. Daher müssen für sie dieselben Erwägungen gelten wie für schuldrechtliche Haftungsmilderungen.

Etwas anders ist jedoch die Situation im Familienrecht. Während man bei Verträgen noch Kriterien zur Unterscheidung hat, welche Pflichten in Zusammenhang mit dem jeweiligen Vertrag stehen und welche nicht, ist dies im Familienrecht schwieriger. Die Familie ist ein Bund, welcher in jeder Lebenslage besteht.

Daher wird im Rahmen des § 1359 generell dessen Übertragbarkeit auf das Deliktsrecht bejaht, ohne Einschränkungen zu machen. Eine mögliche Einschränkung auf den innerhäuslichen Bereich wurde erwogen, wird aber größtenteils abgelehnt. Fraglich ist, ob dies überzeugt. Hierzu muss man sich überlegen, was die „Erfüllung der sich aus dem ehelichen Verhältnis ergebenden Verpflichtung“ ausmacht. Die ehelichen Pflichten sind teilweise normiert, ergeben sich gleichwohl auch aus der Ausgestaltung des jeweiligen Lebensverhältnisses. Eine eheliche Pflicht kann daher in vielerlei Gestalt auftreten; die einzige Eingrenzungsfunktion, die man hieraus ableiten kann, ist dass sich die Ehegatten als solche gegenüber stehen müssen und nicht als beliebige Dritte. Da es sich um ein allumfassendes Verhältnis handelt, müsste eine Anwendung im deliktischen Bereich ausdrücklich ausgeschlossen sein, wenn dies gewollt wäre. Schließlich überschneiden sich die ehelichen Pflichten und die deliktischen Pflichten dermaßen, dass eine Anwendung nur auf einen der Pflichtenkreise einen Bruch im System verursachen würde. Da sowohl die ehelichen Pflichten als auch die deliktischen Pflichten das Integritätsinteresse betreffen, sind daher die Haftungsprivilegierungen anzuwenden, wenn sich die Parteien als Ehegatten gegenüber stehen.

Ähnlich ist die Lage zwischen Eltern und Kindern. Die Verwandtschaft ist eine tatsächliche und rechtliche Verbindung, die stets besteht. Der Unterschied zur Ehe besteht darin, dass dieses Verwandtschaftsverhältnis nicht freiwillig eingegangen wurde und freiwillig wieder gelöst werden kann, sondern faktisch besteht. Aus dem Argument, dass sich die Kinder die Eltern nicht ausgesucht haben, wird oftmals die Berechtigung der Haftungserleichterung in Zweifel gezogen. Zwar haben sich Eltern und Kinder nicht gegenseitig ausgesucht; jedoch besteht aufgrund der tatsächlichen Verwandtschaft sogar ein noch engeres rechtliches Verhältnis, weil dieses nicht auflösbar ist. Zudem ist im Verhältnis der Eltern zu dem Kind sogar ausdrücklich die Pflicht zur Personensorge normiert, welche dem Deliktsrecht ähnliche Pflichten, die das Integritätsinteresse betreffen, umfassen kann. Daher muss die Haftungsprivilegierung auch im Deliktsrecht anzuwenden sein, wenn sich Eltern und Kinder als solche gegenüberstehen. Dies kann nur durch das Hinzutreten besonderer Umstände verneint werden.

Im Erbrecht schließlich ist die Haftungsmilderung nur auf alle Verwaltungspflichten bezogen. Der § 2131 ist die einzige Vorschrift mit einem engeren Wortlaut. Allerdings besteht hier die Sonderverbindung nur hinsichtlich des Sondervermögens der Erbmasse. Im Gegensatz zu § 690 gibt es hier kein Vertragsverhältnis, weswegen keine Nebenpflichtverletzung im schuldrechtlichen Sinne denkbar ist. Es ist bei der Vorerbschaft keine besondere Pflicht gegeben, aufgrund welcher sonstige Integritätsinteressen des Nacherben gewahrt werden müssen. Einzig hinsichtlich der Erbmasse ist eine solche Pflicht gegeben. Diese Pflicht ist aber wesentlich enger als deliktische oder vertragliche Integritätspflichten, da sie nur auf den Gegenstand der Erbmasse bezogen ist. Wenn es um den Schutz von Erbschaftseigentum geht, so müsste daher nach systematischen Erwägungen die Haftungsmilderung auf das Deliktsrecht übertragbar sein, andernfalls jedoch nicht. Dies steht jedoch (scheinbar) im Widerspruch zum sonstigen BGB, wo nicht ausdrücklich zwischen Integritätsinteressen der körperlichen Gesundheit und dem Eigentum differenziert wird.

[4]. Telos

Fraglich ist, für welche Betrachtungsweise der Sinn und Zweck der jeweiligen Haftungsmilderungen spricht.

Die Eingliederung in den eigenen Herrschaftsbereich (§§ 690, 2131) spricht bereits dafür, dass eine parallele deliktische Haftung gemildert sein sollte. Wenn gesetzgeberische Wertung ist, dass unentgeltlich Tätige im eigenen Herrschaftsbereich seine eigenübliche Sorgfalt anwenden darf, so muss dies auch für deliktische Ansprüche gelten. Die Eingliederung in den Herrschaftsbereich beschreibt eine tatsächliche Zeitspanne, während welcher die Haftungsmilderung dann gelten muss, falls ein Zusammenhang mit der Sonderverbindung besteht, weil deren speziellere Regeln dann vorrangig sein müssen. Hier löst sich der scheinbare Widerspruch bei § 2131 auf: wenn eine Körperverletzung gegeben ist, stehen sich die Parteien nicht wie Vorerbe und Nacherbe gegenüber. Die Rechtsverhältnis besteht nur bezüglich des Erbschaftsgegenstandes, so dass eine Haftung auch nach der Ansicht, welche eine grundsätzlich Anwendbarkeit auf das Deliktsrecht bei Zu-

sammenhang mit dem Rechtsverhältnis bejaht, nicht gegeben ist. Dieser Aspekt zeigt vielmehr deutlich, dass diese Ansicht für § 2131 die einzige vertretbare Meinung ist: andernfalls würde eine deliktische Haftung für einen Erbschaftsgegenstand das Recht des Vorerben in einer Weise einschränken, die der sonstigen Systematik der Vorerbschaft widerspräche. Der Vorerbe könnte mit dem Gegenstand nicht wie mit seinem Eigentum verfahren, obwohl der Gegenstand (derzeit) in seinem Eigentum steht.

Auch ökonomische Aspekte werden sichtbar: die Tätigkeit ist fremdnützig aber unentgeltlich. Da bereits eine solche fremdnützige Tätigkeit ausgeführt wird, soll eine Belastung mit deliktischer Haftung nicht die gesetzgeberischen Wertungen der Risikoverteilung für diese speziellen Fälle umkehren.

Ebenfalls das enge persönliche Vertrauensverhältnis, welches bei den §§ 708, 1359, 1664 gegeben ist, spricht für eine Übertragung auf das Deliktsrecht. Dieses tatsächliche Verhältnis besteht umfassend; insbesondere wäre die Handlungsfähigkeit stark eingeschränkt, da die deliktischen Pflichten inzwischen sehr weit reichen. Die Verflechtung der finanziellen Interessen der Ehe und Familie als Risikogemeinschaft gebietet schließlich aus ökonomischen Erwägungen, die Haftungsmilderungen im Deliktsrecht anzuwenden. Hinter den Haftungsmilderungen steht auch der Gedanke, dass in diesen Fällen eine Haftung nicht besteht, das heißt, dass der Schaden nicht von dem Verursacher ersetzt werden muss; dies da der Schaden ohnehin die Familie insgesamt trifft und so Schadenersatzpflichtiger und Schadenersatzberechtigter derselben Gemeinschaft entstammen. Eine ökonomische Umverteilung des Schadensrisikos ist deshalb nicht gegeben, weil dieses ohnehin „in der Familie bleibt“.

[5]. Zusammenfassung

Dem Wortlaut nach ist eine Anwendung auf das Deliktsrecht nur in § 2131 zweifelhaft; jedoch erscheint es bei allen Vorschriften möglich, bei den Normen des Familien – und Gesellschaftsrechts aufgrund deren ganz allgemeiner Formulierung sogar sehr wahrscheinlich. Diese stellt nur auf die Ausübung des jeweiligen Rechtsverhältnisses ab, bei der grundsätzlich auch deliktische Pflichten verletzt werden können.

Die Gesetzgebungsmaterialien geben keinen Aufschluss. Für § 690 als Norm des Schuldrechtes gilt das oben gesagte: aufgrund des Wandels des Verhältnisses zwischen Vertrags – und Deliktsrecht ist die Zahl der Überschneidungen gestiegen, so dass der Anwendungsbereich der Haftungsmilderung sich daneben verändern musste. Im Gegensatz zu § 521 wurde hier in keiner Fundstelle erwähnt, dass die Haftungsbegrenzung nicht für Integritätsinteressen gelten soll. Auch die Rechtslehre und obergerichtliche Rechtsprechung sind sich einig, dass eine Übertragbarkeit bei Zusammenhang gegeben sein soll. Der BGH musste sich noch nicht in einer Grundsatzentscheidung explizit zu dieser Thematik äußern, hat jedoch an einschränkenden Tendenzen, (Einschränkungen auf innerhäuslichen Bereich) nicht ausdrücklich festgehalten. Daher kann von dem beginnenden Prozess der Herausbildung eines Gewohnheitsrechtes gesprochen werden. Die Systematik zeigt einen Wertungswiderspruch, welcher bei §§ 690, 708 aufträte, wenn die Anwendbarkeit verneint würde, da das Integritätsinteresse auch im vertraglichen Be-

reich geschützt ist. Bei den familienrechtlichen Normen §§ 1359, 1664 besteht ein umfassendes Rechtsverhältnis mit zahlreichen Pflichten, die sich mit deliktischen Pflichten überschneiden können wie beispielsweise die Personensorgepflicht. Im Erbrecht bringt die Systematik hingegen keine Klarheit, da dort eine Einschränkung „in Ansehung der Verwaltung“ gegeben ist, was den sonstigen Pflichten des BGB nicht zuordenbar ist. Dies löst sich allerdings, wenn man den Zweck der Vorschrift untersucht: die Haftungsmilderung muss dann von Bedeutung sein, wenn ein Zusammenhang mit dem jeweiligen Rechtsverhältnis besteht, weil dessen spezielle Regeln dann vorrangig sind. Durch die Eingliederung in den Herrschaftsbereich wird bezüglich des Erbschaftsgegenstandes ein solches Rechtsverhältnis begründet. Gleiches gilt für § 690. Auch das enge persönliche Verhältnis der §§ 708, 1359, 1664 spricht für eine Übertragung auf das Deliktsrecht, da bei anderen deliktischen Maßstäben die Handlungsfreiheit erheblich eingeschränkt würden. Ein ökonomischer Aspekt zeigt sich bei der finanziellen Verflechtung der Eheleute und Familienmitglieder, wo das Schadensrisiko in der Familie als Gemeinschaft bleibt.

bb. Ergebnis

Bei den schuldrechtlichen Haftungsprivilegierungen muss wie bei den Haftungsprivilegierungen auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit ein unmittelbarer Zusammenhang mit der Hauptleistungspflicht vorliegen. Der § 2131 ist dann auf das Deliktsrecht übertragbar, wenn eine Pflicht verletzt wurde, welche ihren Ursprung in dem Verhältnis zwischen Vorerben und Nacherben hat. Bei den familien – und gesellschaftsrechtlichen Haftungsprivilegierungen ist grundsätzlich eine Übertragbarkeit aufgrund der umfassenden tatsächlichen Bindung der Personen untereinander zu bejahen wenn ein Zusammenhang mit dieser Sonderverbindung gegeben ist.

Allgemein gesagt sind auch die Haftungsprivilegierungen auf die *diligentia quam in suis* dann auf das Deliktsrecht übertragbar, wenn ein Zusammenhang mit den Pflichten aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis besteht.

i. Straßenverkehr

Vor allem im Zusammenhang mit Unfällen im Straßenverkehr werden die §§ 708, 1359, 1664 BGB als unbillig empfunden.

Dass § 1359 auch im Straßenverkehr uneingeschränkt zur Anwendung kommen sollte, wurde früher vertreten.¹³⁵⁶ Die gemeinsame Fahrt im Kraftwagen gehöre zu den ehelichen Pflichten, weshalb § 1359 uneingeschränkt anwendbar sei.¹³⁵⁷ Das allumfassende Verhältnis der Lebensgemeinschaft umfasse Fahrten im Kfz.¹³⁵⁸ Auch wird der Sinn der Vorschriften darin gesehen, Prozesse zwischen Ehegatten zu vermeiden, was gerade für den Bereich des Straßenverkehrs gelte.¹³⁵⁹

¹³⁵⁶ So etwa: Weimar, MDR 1959, 177 (177); Steingass, VersR 1965, 550 (551).

¹³⁵⁷ Weimar, MDR 1959, 177 (177).

¹³⁵⁸ Steingass, VersR 1965, 550 (551).

¹³⁵⁹ Heidel, Wirkungen von Haftungsbeschränkungen, S. 82.

Aktuell wird in der Kommentarliteratur für das Gesellschaftsrecht vertreten, das die Haftungsmilderung grundsätzlich auch im Straßenverkehr anwendbar sein könne. Da diese nur interne Wirkung habe, könne sie eine Wirkung auf öffentliche Gefahren des Straßenverkehrs nicht entfalten.¹³⁶⁰ Insbesondere könne es Gelegenheitsgesellschaften geben, welche nur den Zweck einer gemeinsamen Kfz-Reise hätten; wenn das Führen des Kfz insoweit Hauptpflicht sei, müsse § 708 Anwendung finden, wenn hingegen eine ledigliche Nebenpflicht bestünde, könne § 708 nicht anwendbar sein.¹³⁶¹

Ansonsten besteht heute jedoch über die Unanwendbarkeit der *diligentia quam in suis* im Straßenverkehr in Rechtsprechung und Literatur nunmehr weitgehend Einigkeit.¹³⁶² Umstritten ist jedoch die Begründung für dieses von fast allen Seiten begrüßte Ergebnis.

aa. Wille des historischen Gesetzgebers

Da die Vorschriften ursprünglich aus der Vermögensverwaltung stammen,¹³⁶³ wird angeführt, dass eine weitergehende Wirkung der Vorschrift zu verneinen sei.¹³⁶⁴ Es gebe keinen Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber bei Übernahme der Vorschriften aus dem römischen Recht deren Auslegung nicht gekannt oder gewollt habe.¹³⁶⁵ Jedoch ergebe sich diese Einschränkung zum einen nicht aus dem Wortlaut¹³⁶⁶ und zum anderen habe der Gesetzgeber in den Verhandlungen zu § 1359 etwas anderes zum Ausdruck gebracht: die Vorschrift sollte nicht nur für „in Folge des ehelichen Güterrechts entstandene[r] Verpflichtungen, sondern hinsichtlich aller Verpflichtungen, welche sich auf das eheliche Verhältnis gründen“ einschlägig sein.¹³⁶⁷ Eine Beschränkung auf Vermögensangelegenheiten geben in der Tat weder Wortlaut noch Normgeschichte her. Bei § 1359 wurde

¹³⁶⁰ Erman/Westermann § 708 Rn. 6.

¹³⁶¹ Bamberger/Roth/Timm/Schöne § 708 Rn. 14.

¹³⁶² Bern, NZV 1991, 449 (452); Böhmer, VersR 1960, S. 943 f.; ders., NJW 1969, S. 595 f.; ders., VersR 1960, S. 104 f.; Deutsch, JuS 1967, 496 ff.; Diederichsen, VersR 1983, Beiheft S. 141 ff.; Döpp, JR 1969, S. 15.; Hauss, Fritz, FS Möhring, S. 356 ff.; Kunschert, NJW 2003, S. 950 ff.; Larenz, Karl, FS Westermann, S. 299 ff.; Reiners, MDR 1961, S. 650 f.; Schlechtriem, Vertragsordnung und außervertragliche Haftung, S. 422 (der aber keine generell Unanwendbarkeit befürwortet, sondern eine Lösung über § 254 analog: Kürzung der Ansprüche des Geschädigten, weil dieser sich dem sorglosen Fahrer anvertraute); Stoll, JZ 1964, S. 60 ff.; Wilts, VersR 1964, S. 455 ff.; Bamberger/Roth/Hahn § 1359 Rn. 7; Bamberger/Roth/Veit § 1664 Rn. 3; Erman/Kroll-Ludwigs § 1359 Rn. 5; Erman/Michalski/Döll § 1664 Rn. 3; MüKo/Ulmer/Schäfer § 708 Rn. 14; wohl auch Staudinger/Habermeier § 708 Rn. 16; Staudinger/Voppel § 1359 Rn. 23; Soergel/Hadding/Kießling § 708 Rn. 3; Soergel/Lange § 1359 Rn. 3; Soergel/Strätz § 1664 Rn. 4; Dressler, in: Wussow, Unfallhaftpflichtrecht, Kapitel 70, Rn 6 (§ 1359); Kapitel 72, Rn. 7 (§ 1664); Gernhuber/Coester-Waltjen, FamR § 57 IV 6, Rn 40; Gernhuber/Coester-Waltjen, FamR § 22 I 3, Rn 6; Klunzinger, GesellschaftsR, § 4, I 3 c)cc) S. 22; Lange/Schiemann, Schadensersatz, § 10 XVII, S. 659. Schmidt, GesellschaftsR, § 59 III 2 b)c); Schwab, FamR, § 24 Rn. 147, § 62 Rn. 692; Windbichler, GesellschaftsR § 7 Rn. 5, S. 65; a.A. früher für § 1359: Weimar, MDR 1959, S. 177 f.; Schütz, VersR 1968, S. 633 ff.; heute für Gelegenheitsgesellschaften § 708: Erman/Westermann § 708 Rn. 6; Bamberger/Roth/Timm/Schöne § 708 Rn. 14.

¹³⁶³ Hauss, FS Möhring, S. 345 (358).

¹³⁶⁴ Wilts, VersR 1964, 457; BGHZ 46, 313 (318).

¹³⁶⁵ Schütz, VersR 1968, 633 (634).

¹³⁶⁶ Larenz, FS Westermann, S. 299 (301).

¹³⁶⁷ Protokolle der zweiten Kommission, Bd. IV, S. 109.

der Wortlaut durch die zweite Kommission ausdrücklich auf andere eheliche Pflichten ausgedehnt,¹³⁶⁸ nachdem zunächst nur das Güterrecht vom Anwendungsbereich erfasst gewesen war.¹³⁶⁹ Bei § 708 war eine Anwendung der Vorschrift nur im vermögensrechtlichen Bereich gar nie vorgesehen gewesen.¹³⁷⁰ Systematisch gesehen steht der § 1359 bei den allgemeinen Wirkungen der Ehe und nicht im ehelichen Güterrecht verortet. Der § 708 steht auch am Anfang der Vorschriften zu Gesellschaft und nicht in der Nähe der Vorschriften über die finanziellen Auswirkungen der Gesellschaft. Ebenfalls Sinn und Zweck der Vorschriften sprechen gegen eine lediglich güterrechtliche Funktion: da die Ehegatten in einer besonders engen und innigen Gemeinschaft lebten, solle deren Haftung gemildert werden. Diese enge Verbundenheit besteht tatsächlich aber gerade auch im Hinblick auf andere Bereiche als das Güterrecht. Ebenso bei § 708: das Handeln in einer Gesellschaft findet auf wesentlich vielfältigeren Ebenen als der lediglich monetären Ebene statt. Je nach Form der Gesellschaft kann die vermögensverwaltende Ebene sogar hinter anderen Zielen in den Hintergrund treten. Warum daher die Vermögensverwaltung in der heutigen Rechtsordnung ausschließlicher Anwendungsbereich der Vorschriften sein soll, ist nicht ersichtlich. Daher kann hierdurch die Anwendbarkeit im Straßenverkehr nicht ausgeschlossen werden.

Einem ähnlichen Argumentationsansatz zufolge könne der Gesetzgeber kaum an das damals noch unbekannte Gebiet des Straßenverkehrs gedacht haben, als die Vorschriften in das BGB aufgenommen wurden.¹³⁷¹ Andererseits sind die Gefahren des Straßenverkehrs schon seit Jahrzehnten hinlänglich bekannt, ohne dass eine Änderung der Vorschriften für die eigenübliche Sorgfalt durch den Gesetzgeber erfolgt wäre. Dies ist vor allem deswegen bemerkenswert, weil es im Familienrecht weitreichende Reformen gab, in deren Zuge eine Änderung oder Klarstellung leicht möglich gewesen wäre. Bemerkenswert ist jedoch die Gesetzesbegründung zu § 4 LPartG; hierzu später.

bb. (Hypothetischer) Parteiwille

Auch der hypothetische Parteiwille wird gegen die Anwendung der Haftungserleichterung im Straßenverkehr angeführt.¹³⁷² Die Mitfahrer wollten nach der allgemeinen Lebenserfahrung, dass der Führer des Fahrzeuges die im Verkehr erforderliche Sorgfalt anwende.¹³⁷³ Teilweise wird gefordert, es müsse aber zumindest ein Anhaltspunkt im Verhalten des Fahrgastes für diese Annahme sprechen.¹³⁷⁴

¹³⁶⁸ Protokolle der zweiten Kommission, Bd. IV, S. 109.

¹³⁶⁹ Motive zum BGB, Bd. IV, S. 122.

¹³⁷⁰ Die Diskussion drehte sich um gänzlich andere Probleme: siehe Protokolle der zweiten Kommission, Bd. II, S. 419 f.

¹³⁷¹ BGHZ 46, 313 (318); Müko/Roth § 1359 Rn. 18.

¹³⁷² Böhmer, MDR 1961, 21 (21); Schmidt, GesellschaftsR, § 59 III 2 c).

¹³⁷³ Böhmer, VersR 1960, 943 (943).

¹³⁷⁴ Stoll, JZ 1964, 61 (62).

Kritisiert wird hieran, dass „das schlüpfrige Terrain“ einer stillschweigenden Haftungsabrede vermieden werden solle;¹³⁷⁵ „dieses konzeptionslose Herumsuchen in den Umständen des Falls“ sei unerträglich und bedeute einen „Verzicht auf Rechtsdogmatik“.¹³⁷⁶ Eine dahingehende Haftungsabsprache könne dem Parteiwillen zudem regelmäßig ohnehin nicht entnommen werden: wenn sich jemand einem anderen Fahrer anvertraue, so nehme er an, dass dieser des Vertrauens würdig sei.¹³⁷⁷ Es spreche einiges dafür, dass jemand mit einem leichtsinnigen Fahrer erst gar nicht fahren würde.¹³⁷⁸ Dann wäre aus der Sicht des Fahrgastes keine Haftungsabrede notwendig. Zudem fehle zu einer entsprechenden Auslegung des Parteiwillens auch der Wille des Fahrers. Dieser ist zwar haftpflichtversichert; diese Versicherung bezieht sich aber im Regelfall auf Ansprüche aufgrund gesetzlicher Haftungsbestimmungen (so das Muster der Allgemeinen Kraftfahrt-Versicherungsbedingungen (AKB)), nicht jedoch auf vertragliche Haftungserweiterungen.¹³⁷⁹ Dann wäre nämlich gem. § 11 Ziff 1 AKB, der Versicherungsschutz ausgeschlossen, was nicht im Interesse des Fahrers liegen kann.¹³⁸⁰ Die AKB regeln wie AGB regelmäßig das Verhältnis zwischen Versicherungsnehmer und Haftpflichtversicherung.¹³⁸¹ Zwar hat sich der frühere quasi-gesetzliche Charakter der AKB¹³⁸² durch die europäischen Regulierung abgeschwächt,¹³⁸³ jedoch orientiert sich die Fachliteratur und Rechtsprechung noch in hohem Maße an den vorgeschlagenen Regelungen.¹³⁸⁴ Daher ist schon der hypothetische Wille des Fahrers zu einer solchen Haftungsabrede regelmäßig zu verneinen. Zudem spreche nach BGH das Bestehen eines Versicherungsschutzes an sich regelmäßig gegen einen stillschweigenden Haftungsausschluss.¹³⁸⁵ Auch kann er einen mutmaßlichen Parteiwillen nicht erkennen, da sich die Beteiligten in der Praxis regelmäßig gar keine Gedanken zur Haftung machten.¹³⁸⁶

Zu bedenken ist nämlich, dass die Vorschrift des § 708 dispositiv ist.¹³⁸⁷ Daher hätte sie ausgeschlossen werden können. Wenn sie aber nicht ausgeschlossen wurde, liegt eher der Schluss nahe, dass die Parteien sie eben nicht ausschließen wollten. Wenn sich die Parteien hierüber keine Gedanken gemacht haben, was wohl meist der Fall ist, so muss das gesetzliche Leitbild gelten.

¹³⁷⁵ Stoll, JZ 1964, 61 (63).

¹³⁷⁶ Stoll, JZ 1964, 61 (63).

¹³⁷⁷ Reiners, MDR 1961, 650 (651).

¹³⁷⁸ Reiners, MDR 1961, 650 (650).

¹³⁷⁹ Reiners, MDR 1961, 650 (651).

¹³⁸⁰ Reiners, MDR 1961, 650 (651); in diesem Sinne auch der BGH: BGHZ 46, 313 (317).

¹³⁸¹ AKB/Stiefel/Hofmann, Einführung Rn. 7a.

¹³⁸² Prölss/Martin/Knappmann, AKB Vorbem. 1.

¹³⁸³ AKB/Stiefel/Hofmann, Einführung Rn. 7a.

¹³⁸⁴ AKB/Stiefel/Hofmann, Einführung Rn. 22.

¹³⁸⁵ BGHZ 63, 51 (59); hierzu mehr weiter unten.

¹³⁸⁶ BGHZ 46, 313 (317).

¹³⁸⁷ Staudinger/Habermeier § 708 Rn. 15.

Der Rückgriff auf den hypothetischen Parteiwillen ist grundsätzlich eine sinnvolle rechtliche Gestaltungsmöglichkeit, wird durch sie doch eine Einzelfallbetrachtung erreicht. Jedoch kann ein solcher Rückgriff nicht geschehen, wenn der hypothetische Parteiwille nichts dergleichen hergibt. Es ist lebensnah, davon auszugehen, dass sich die Parteien keine Gedanken gemacht haben. Die Frage, die sich stellt, ist, welche Gedanken hätten sie sich gemacht, wenn sie darüber nachgedacht hätten. Dass der Fahrgast eher eine Haftung des Fahrers befürwortet, ergibt sich schon aus seiner eigenen Parteirolle als potentiell Verletzter. Allerdings kann dies nicht pauschal behauptet werden, da der Fahrgast regelmäßig mit dem Fahrer ehelich oder gesellschaftsrechtlich verbunden ist und aufgrund dieser Bande vielleicht gar keine Ansprüche geltend machen will. Zudem kann nicht von einer Billigung oder Missbilligung einer leichten Fahrlässigkeit im Fahrstil auf eine Haftungserwartung geschlossen werden.¹³⁸⁸ Wer eine leichte Fahrlässigkeit billigt, möchte vielleicht auf eine Haftung verzichten, will möglicherweise dennoch vor größerem Schaden durch Haftung bewahrt werden; wer eine leichte Fahrlässigkeit nicht billigt, möchte vielleicht die volle Haftung, möglicherweise würde er aber über einen geringeren Haftungsfall hinwegsehen. Da von Missbilligung nicht auf Haftungserwartung geschlossen werden kann, ist der Parteiwille des Fahrgastes daher wohl kaum zu ermitteln. Selbst die Billigung oder Missbilligung wird oftmals als eine lebensfremde Unterstellung zu sehen sein. Andere objektive Anhaltspunkte, die die Sicht des Mitfahrers in der abstrakten Betrachtung untermauern, finden sich jedoch nicht. Im Einzelfall mögen sich andere Ansatzpunkte ergeben; diese können jedoch nicht zu einer umfassenden generellen Lösung des hier erörterten Problems beitragen. Für eine hypothetische Auslegung nach dem Parteiwillen muss zudem auch der Wille des Fahrers berücksichtigt werden. Auf dessen Seite wird wohl eher einiges dafür sprechen, die Haftungserleichterung nicht abzubedingen. Zum einen ist diese für ihn günstig, zum andern würde der Schaden von seiner Versicherung möglicherweise nicht getragen werden. Das kommt wieder auf die konkreten Versicherungsbedingungen im Fall an. Wenn diese sich – wie meist der Fall – an den AKB orientieren, liegt eine vertraglich vereinbarte Haftung eindeutig nicht in seinem Interesse. Zu dem Argument des Versicherungsschutzes wird unten Stellung genommen.

Der hypothetische Parteiwille kann in diesen Fällen nicht zu dem stillschweigenden Verzicht auf die Haftungserleichterung führen. Der Wille der Parteien kann nicht eindeutig anhand objektiver Kriterien ermittelt werden. Eine solche Lösung ist daher abzulehnen.

cc. Straßenverkehr und Dritte

Praktische Probleme ergeben sich vor allem aus der Konstellation, in welcher ein Drittschädiger beteiligt ist. Beispielsweise ereignet sich ein Unfall zwischen den Fahrern A und B, wobei auch der bei B mitfahrende Gesellschafter/Ehegatte C verletzt wird. Es stellt sich die Frage, ob A und B als Gesamtschuldner zum Schadensersatz verpflichtet sind oder ob sich aus den §§ 708, 1359 etwas anderes ergibt.

¹³⁸⁸ In diesem Sinne wohl auch: Reiners, MDR 1961, 650 (650).

Gemäß des Grundsatzes der Gleichbehandlung aller Verkehrsteilnehmer, nach dem gem. § 17 StVG der Schaden nach den Verantwortungsanteilen auszugleichen sei, könne die Haftungsmilderung nicht gelten.¹³⁸⁹ Hiergegen wird eingewendet, dass hieraus nur die Unanwendbarkeit der eigenüblichen Sorgfalt in Bezug auf einen Drittschädiger geschlossen werden könne; nicht hingegen die Unanwendbarkeit im Verhältnis der Gesellschafter/Ehegatten untereinander.¹³⁹⁰ In der Tat ist die Behandlung von Fällen, in die Drittschädiger involviert sind, eine andere grundsätzliche Frage. Diese hat aber zum einen mit den Haftungsmilderungen im Innenverhältnis nichts zu tun und zum anderen kann sich diese Problematik auch in anderen Konstellationen als dem Straßenverkehr stellen,¹³⁹¹ so dass von der generellen Lösung in Drittschädigerfällen nicht zwingend auf den Straßenverkehr geschlossen werden kann.¹³⁹²

dd. Teleologische Reduktion

Es wurde auch vorgeschlagen, die Normen teleologisch zu reduzieren, indem es auf den Zweck der Handlung ankomme, nämlich den Zweck der Kfz-Fahrt: die mildere Haftung sei dann sachgerecht, wenn die Fahrt zum Zweck des Gesellschaftsvertrages oder zum Zweck der Ehe geschehen sei.¹³⁹³ Es komme mithin darauf an, ob eine Pflicht aus dem jeweiligen Rechtsverhältnis verletzt sei.¹³⁹⁴ Bei Gesellschaften komme es darauf, an, ob die Fahrt Ziel des Gesellschaftsvertrages sei, bei Ehegatten sei aufgrund des allumfassenden Rechtsverhältnisses jede gemeinsame Fahrt vom Haftungsprivileg gedeckt.¹³⁹⁵ In diesem Argumentationsmuster jedoch wird lediglich auf die Eigenart der Haftungsmilderungen abgestellt und deren Wertungen berücksichtigt. Die Wertungen des Straßenverkehrs hingegen finden keine Berücksichtigung, weshalb diese Lösung unausgeglichen ist; wenn man schon eine Wertungsentscheidung fällt, sollte diese umfassend alle Gesichtspunkte miteinbeziehen.

Auch wird vorgeschlagen, die Norm des § 708 teleologisch zu reduzieren und nur auf Handlungen, die als eigene Angelegenheiten einzustufen sind, anzuwenden.¹³⁹⁶ Normalerweise schädige, wer sich in eigenen Angelegenheiten nicht sorgfältig verhalte, sich selbst.¹³⁹⁷ Beim Lenken eines Kfz hingegen werden auch unbeteiligte Dritte gefährdet, weshalb es sich nicht um eine eigene oder interne Angelegenheit der (gewählten) Gesellschaft handele, sondern um eine externe Angelegenheit.¹³⁹⁸ Der Unterschied der Fallge-

¹³⁸⁹ MüKo/Ulmer/Schäfer § 708 Rn. 14; Soergel/Lange § 1359 Rn. 3.

¹³⁹⁰ MüKo/Ulmer/Schäfer § 708 Rn. 14.

¹³⁹¹ Beispielsweise im Kinderspielplatzfall BGHZ 103, 338 ff.

¹³⁹² Eine ausführliche Darstellung dieser Problematik findet sich in Heidel, Wirkungen von Haftungsbeschränkungen, S. 80 ff.

¹³⁹³ Steingass, VersR 1965, 550 (551).

¹³⁹⁴ Steingass, VersR 1965, 550 (551).

¹³⁹⁵ Steingass, VersR 1965, 550 (551).

¹³⁹⁶ Larenz, FS Westermann, S. 299 (307).

¹³⁹⁷ Larenz, FS Westermann, S. 299 (305).

¹³⁹⁸ Larenz, FS Westermann, S. 299 (305).

staltungen läge darin, dass normalerweise ein sorgloses Verhalten nicht von der Rechtsordnung beanstandet werde – solange es gegen sich selbst oder freiwillig miteinander verbundene Gesellschafter gehe; im Straßenverkehr hingegen sei ein solches Verhalten von der Rechtsordnung missbilligt, weshalb die Haftungsmilderung hier nicht passe.¹³⁹⁹ Dieser Gedankengang rechtfertigt jedoch nicht die Konstellation in der kein Dritter beteiligt ist und nur die Ehepartner oder Gesellschafter gegeneinander Ansprüche geltend machen. Es mag sich – auch wenn konkret kein Dritter gefährdet wird – um eine abstrakte Gefahr für Dritte handeln. Dies ändert jedoch nichts an dem Umstand, dass die Haftungsbeschränkung eine interne Angelegenheit zwischen den Ehepartnern ist. Diese kann nicht mit dem Argument des externen potentiellen Dritten angegriffen werden. Inwiefern sich die Haftungsmilderung bei der Schädigung eines Dritten auswirkt, ist schließlich eine andere Frage. Die Argumentation mit externen Gründen gegen eine interne Haftungsmilderung kann nicht überzeugen.

ee. Hoher Rang der Rechtsgüter

Die besondere Bedeutung der körperlichen Integrität¹⁴⁰⁰ verbiete eine Anwendung der Haftungsbeschränkungen als „anstößig“.¹⁴⁰¹ Hiergegen wird eingewandt, dass man nicht einfach den Schutz von Leib und Leben über alle anderen Gesichtspunkte stellen könne.¹⁴⁰² Selbstverständlich sind Leib und Leben sehr hohe Rechtsgüter, was sich bereits aus den Wertungen des Grundgesetzes, mit dem die zivile Rechtsordnung in Einklang stehen muss, ergibt. Ein bloßes Abstellen auf die Höherrangigkeit der Rechtsgüter des Verletzten kann jedoch nicht genügen; hierbei wird übersehen, dass die volle Risikotragung auf den Schädiger abgewälzt ist, welcher aber aus anderen Gründen möglicherweise schützenswert ist. Zudem wird im Zivilrecht grundsätzlich nicht nach dem geschädigten Rechtsgut unterschieden; in § 823 beispielsweise sind Körper und Eigentum gleichermaßen geschützt.

ff. Vorhandensein eines Versicherungsschutzes

Auch vorgeschlagen wurde, die Anwendbarkeit des § 708 vom Bestehen eines Versicherungsschutzes abhängig zu machen.¹⁴⁰³ „Über dem [jeweiligen Fahrer] hängt also das Damoklesschwert einer Haftung, der gegenüber die anderen Teilnehmer keinen vergleichbaren Beitrag erbringen. Besteht indes eine Haftpflichtversicherung [...] so sollte der Verletzte den vollen Anspruch haben.“¹⁴⁰⁴ Denn nur dann werde der Fahrer nicht unbillig belastet, da die Mitfahrer auch einen Anteil an der Versicherungsprämie getragen ha-

¹³⁹⁹ Larenz, FS Westermann, S. 299 (305).

¹⁴⁰⁰ Schlechtriem, Vertragsordnung und außervertragliche Haftung, S. 420.

¹⁴⁰¹ Hauss, FS Möhring, S. 345 (358).

¹⁴⁰² Larenz, FS Westermann, S. 299 (303).

¹⁴⁰³ Deutsch, JuS 1967, 496 (497).

¹⁴⁰⁴ Deutsch, JuS 1967, 496 (497).

ben.¹⁴⁰⁵ Die Ratio Legis sei nicht die Begünstigung des Versicherers.¹⁴⁰⁶ Es sei „kein sozial befriedigendes Ergebnis“, den Schutz der Versicherung gegenüber nahen Angehörigen zu versagen.¹⁴⁰⁷

Dieser Ansatz begegnet jedoch dogmatischen Bedenken, da die Ersatzpflicht der Haftpflichtversicherung an das Bestehen der Haftpflicht anknüpft;¹⁴⁰⁸ schließlich herrscht nach wie vor das Trennungsprinzip.¹⁴⁰⁹ Daher ist die Zahlungspflicht der Haftpflichtversicherung systematisch gesehen nach der Frage zu prüfen, ob ein Anspruch besteht. Das Bestehen des Anspruches kann daher mit der erst im Anschluss auftretenden Frage der Zahlungspflicht nicht begründet werden. Zudem übersieht dieser Ansatz, dass der Fahrer durch seine Zahlungen der Versicherungsprämie selbst eine Leistung erbringt. Diese Tatsache und auch die Möglichkeit, dass der Versicherte in der Höhe seiner Prämien hochgestuft wird, kommt zu den dogmatischen Bedenken hinzu.

Dennoch wird in der Praxis das Bestehen eines Versicherungsschutzes häufig als Begründungskriterium verwendet. Die Rechtsprechung hatte sich mit verschiedenen Konstellationen zu beschäftigen:

[1]. Rechtsprechung

Bei der Billigkeitshaftung gem. § 829 ließ der BGH sowohl bei der Höhe des Anspruches („Wie“),¹⁴¹⁰ als auch beim grundsätzlichen Bestehen („Ob“)¹⁴¹¹ miteinfließen, ob ein Versicherungsschutz gegeben war. Hierbei wurde jedoch betont, dass es sich bei § 829 um eine Ausnahme handle und daher das Trennungsprinzip durchbrochen werden könne.¹⁴¹² Auch bei der Prüfung eines konkludenten Haftungsausschlusses wurde die Versicherung betrachtet: bei Gefälligkeitsfahrten sollte bei Versicherungsschutz kein Haftungsausschluss angenommen werden,¹⁴¹³ während bei Probefahrten die Möglichkeit der Versicherbarkeit des Risikos für die Annahme eines konkludenten Haftungsausschlusses regelmäßig ausreichte.¹⁴¹⁴ Diese Unterscheidung wurde durch die unterschiedlichen Interessen – geschäftliches Interesse bei Probefahrt und privates Interesse bei Gefällig-

¹⁴⁰⁵ Deutsch, JuS 1967, 496 (498).

¹⁴⁰⁶ Diederichsen, VersR 1983, Beiheft, 141 (144).

¹⁴⁰⁷ Hauss, FS Möhring, S. 345 (356).

¹⁴⁰⁸ Larenz, FS Westermann, S. 299 (306).

¹⁴⁰⁹ Brügge-meier, Haftungsrecht, S. 11; Brügge-meier, Deliktsrecht, S. 65, Rn. 56; Wandt, VersicherungsR, S. 369, Rn. 1059.

¹⁴¹⁰ BGHZ 76, 279 (283).

¹⁴¹¹ BGHZ 127, 187 (192).

¹⁴¹² BGHZ 127, 187 (192).

¹⁴¹³ BGHZ 39, 156 (158); BGH VersR 1961, 427 (428); BGH NJW 1966, 41 (42); BGH NJW 1993, 3067 (3067); so auch die obergerichtliche Rechtsprechung: OLG Hamm, NJW-RR 2007, 1517 (1518); OLG Frankfurt, NJW-RR 1986, 1350 (1350) (konkludenter Haftungsausschluss sogar bei Eheleuten wegen mangelnder Versicherung); OLG Frankfurt: NJW 1998, 1232 (1232); Grundsätzlich anerkennend auch OLG Köln MDR 2002, 150, (150) obwohl im konkreten Fall anders entschieden wurde.

¹⁴¹⁴ BGH NJW 1972, 1363 (1363); BGH NJW 1979, 643 (644); BGH NJW 1980, 1681 (1682).

keitsfahrt – begründet.¹⁴¹⁵ Auch in anderen Konstellationen wurde das Bestehen einer Versicherung als Kriterium herangezogen, wie bei Sportveranstaltungen¹⁴¹⁶ und bei der Gewährung von Schmerzensgeld.¹⁴¹⁷ Ebenso wurde dies als zusätzliches Kriterium für die Beurteilung der Haftungsmilderung im Straßenverkehr angeführt.¹⁴¹⁸ Die Haftungsmilderung würde durch eine Haftung nicht unterlaufen: „der vorsorglich erworbene Anspruch auf Deckung gehört dann zu seinem Vermögen, und hierauf kann der verletzte Ehegatte zurückgreifen, ohne dem anderen wirtschaftliche Opfer abzuverlangen, die letztlich wieder gemeinsam getragen werden müssten.“¹⁴¹⁹

[2]. Literatur

In der Literatur werden diese Tendenzen der Rechtsprechung häufig kritisiert.¹⁴²⁰

Das Trennungsprinzip verbiete eine solche Beeinflussung.¹⁴²¹ Das Gesetz knüpfe weiterhin an die Verantwortlichkeit an, was in der Gesetzesbegründung deutlich werde.¹⁴²² Das Verschulden könne daher nur anhand der Verantwortlichkeit, nicht hingegen nach dem Bestehen eines Versicherungsschutzes beurteilt werden.¹⁴²³ Es sei zudem rechtspolitisch bedenklich, die Haftung „zu Lasten der Solidargemeinschaft aller Haftpflichtversicherten“ anzunehmen.¹⁴²⁴ Es sei denklogisch nicht möglich, einen Tatbestand zu bejahen, weil sich jemand gegen die Rechtsfolgen versichert habe oder dies hätte tun müssen.¹⁴²⁵ Wenn der Versicherer bewusst einen Schuldunfähigen versichere, könne man ihn im Rahmen der Haftung nicht so behandeln, als habe er einen Schuldfähigen versichert.¹⁴²⁶ Zudem stelle die Versicherung keinen Vermögenswert dar, da ihre Aufgabe das „Fernhalten des Haftpflichttrisikos“ ist, welches aber bei einem Schuldunfähigen gerade nicht gegeben sei.¹⁴²⁷ Letztlich stelle das Abstellen auf den Versicherungsschutz einen „verhüllten Rückzug auf § 242“ und somit ein Billigkeitsargument dar.¹⁴²⁸

¹⁴¹⁵ BGH NJW 1972, 1363 (1364).

¹⁴¹⁶ BGH NJW 2008, 1591 (1592).

¹⁴¹⁷ BGHZ 18, 149 (166).

¹⁴¹⁸ BGHZ 63, 51 (59).

¹⁴¹⁹ BGHZ 63, 51 (59).

¹⁴²⁰ Lieb, MDR 1995, 992 (993); Faust, JuS 2008, 838 (839); Larenz/Canaris, SchuldR BT Bd. II 2, § 76 III 4 g, S. 417; Staudinger/Oechsler § 829 Rn. 52.

¹⁴²¹ Lieb, MDR 1995, 992 (993).

¹⁴²² Seybold/Wendt, VersR 2009, 455 (462).

¹⁴²³ Seybold/Wendt, VersR 2009, 455 (462).

¹⁴²⁴ Faust, JuS 2008, 838 (839).

¹⁴²⁵ Larenz/Canaris, SchuldR BT Bd. II 2, § 76 III 4 g, S. 417.

¹⁴²⁶ Staudinger/Oechsler § 829 Rn. 51.

¹⁴²⁷ Staudinger/Oechsler § 829 Rn. 52.

¹⁴²⁸ Lange/Schiemann, Schadensersatz, § 10 XVI 2, S. 656.

Die Rechtsprechung des BGH erfährt aber in der neueren Literatur auch teilweise Zustimmung,¹⁴²⁹ oder nur marginale Veränderungsvorschläge.¹⁴³⁰

§ 829 stelle eine Durchbrechung des Verschuldensprinzips dar, nach der der Schuldunfähige wenigstens insoweit haften müsse, als er den Schaden wieder gut machen könne.¹⁴³¹ Da sich das Verschuldensprinzip durch wirtschaftliche Einflüsse gewandelt habe, könne eine Korrektur des Rechts über Billigkeitstatbestände wie den § 829 einfließen.¹⁴³² Das Trennungsprinzip stehe nicht entgegen, weil im Rahmen der Billigkeit die Versicherung als Vermögen beachtet werden könne.¹⁴³³ Zudem sei das Trennungsprinzip zunehmend durch den Gesetzgeber selbst ausgehöhlt worden.¹⁴³⁴ Bei Probe – bzw. Gefälligkeitsfahrt werde deshalb unterschieden, weil bei der Probefahrt ein vorvertragliches Schuldverhältnis, bei der Gefälligkeitsfahrt hingegen kein Schuldverhältnis gegeben sei.¹⁴³⁵ Die Annahme eines Haftungsausschlusses solle sich nach dem im konkreten Fall vorliegenden Versicherungsschutz richten.¹⁴³⁶ Ohnehin werde der die Verschuldenshaftung ursprünglich begründende Grund des Schutzes der Handlungsfreiheit durch die Möglichkeit der Versicherung zunehmend irrelevant.¹⁴³⁷ Eine Unanwendbarkeit der Haftungsmilderung im Straßenverkehr verdiene letztendlich deswegen Zustimmung, weil andernfalls nur der Haftpflichtversicherer entlastet werden, was nicht dem Sinn und Zweck der Haftungsmilderung entspreche.¹⁴³⁸

[3]. Würdigung

Der Umstand, ob der Schaden durch einen Versicherer gedeckt ist, ist also in der Praxis von Bedeutung.

Fraglich ist allerdings, inwieweit dies dogmatisch auch nachzuvollziehen ist.

Wenn eine gesetzliche Pflichtversicherung besteht, dann ist es durchaus gesetzgeberische Wertung, dass der Schaden nicht vom Einzelnen getragen werden muss. Hier werden Schädiger und Geschädigter unabhängig von ihrer Leistungsfähigkeit oder ihres Verschuldens entlastet. Es herrscht allerdings das Trennungsprinzip, nach dem zunächst geklärt werden muss, ob dem Geschädigten ein materieller Anspruch gegen den Schädiger zusteht. Dieser materielle Anspruch ist je nach Ausgestaltung des Haftungsrechtes an

¹⁴²⁹ v. Bar, AcP 181 (1981), S. 289 ff.; Armbrüster, NJW 2009, S. 187 ff; Knütel, JR 1980, S. 20 f.; Wolf, VersR 1998, S. 812 ff; MüKo/Huber § 1664 Rn. 12; Gernhuber/Coester-Waltjen, FamR § 57 IV 6, Rn 38; Soergel/Strätz § 1664 Rn. 4; Dressler, in: Wussow, UnfallhaftpflichtR, Kapitel 70 Rn. 6; NK-BGB/Wellenhofer § 1359 Rn. 6.

¹⁴³⁰ Armbrüster, NJW 2009, 187 (187).

¹⁴³¹ Knütel, JR 1980, 20 (20).

¹⁴³² Wolf, VersR 1998, 812 (816).

¹⁴³³ Wolf, VersR 1998, 812 (817).

¹⁴³⁴ Wolf, VersR 1998, 812 (817).

¹⁴³⁵ Armbrüster, NJW 2009, 187 (190).

¹⁴³⁶ Armbrüster, NJW 2009, 187 (187).

¹⁴³⁷ Wolf, VersR 1998, 812 (816); Knütel, JR 1980, 20 (20).

¹⁴³⁸ Bern, NZV 1991, 449 (452).

ein Verschulden des Schädigers geknüpft. Dies bewirkt aber, dass die Versicherung gerade dann eingreift, wenn ein Verschulden vorliegt. Somit ist eine Verknüpfung zwischen Haftungsrecht und Versicherungsrecht gegeben. Fraglich ist, wie sich diese auswirkt.

Hauptfunktion des Haftungsrechtes ist der Schadensausgleich.¹⁴³⁹ Diesen stellt das Versicherungswesen sicher. Aber auch die Schadensprävention ist ein Gesichtspunkt des Haftungsrechts.¹⁴⁴⁰ Das Bestehen einer Versicherung jedoch ist das schlechtmöglichste Anreizsystem, um Schäden vorzubeugen.¹⁴⁴¹ Daher steht nach gesetzgeberischer Wertung gerade bei Materien, in denen eine Pflichtversicherung angeordnet ist, das Moment des Schadensausgleiches im Vordergrund. Die notwendige Prävention wird durch das Strafrecht geleistet.¹⁴⁴² Allerdings wird die Schadensprävention mittelbar dennoch durch die Nichtabsenkung von Versicherungsprämien bei Versicherungen mit Schadenfreiheitssystem bzw. Erhöhung der Prämien nach Eintritt eines Versicherungsfalles gestützt.¹⁴⁴³ Zudem wird noch angeführt, dass das Bestehen einer Versicherung verhindere, dass der Schädiger sein Insolvenzrisiko bewusst in Kauf nehme.¹⁴⁴⁴ Dennoch tritt die Funktion der Schadensprävention bei einer versicherungspflichtigen Materie deutlich in den Hintergrund. Daher wird die Beeinflussung des Haftungsrechtes durch das Versicherungsrecht durch die Entwicklung des Versicherungsrechtes ein Funktionswandel im Haftungsrecht erklärt.¹⁴⁴⁵ eine Haftpflichtversicherung für schuldhafte Pflichtwidrigkeiten sei eigentlich ein Widerspruch zum Verschuldensprinzip.¹⁴⁴⁶ Daher habe sich das Haftungsrecht an die Gegebenheiten angepasst und die Schadensprävention sei wesentlich hinter den Zweck der Schadensabnahme getreten.¹⁴⁴⁷ Dass eine wechselseitige Beeinflussung durch die Entwicklung beider Materien stattgefunden hat, ist nicht zu übersehen. Fraglich ist aber, wo sich diese Beeinflussung am heutigen Tage normativ finden lässt. Schließlich sind beide Materien nach wie vor getrennt geregelt.

Daher verbleiben dem Haftungsrecht noch wichtige Funktionen wie die Abgrenzung des allgemeinen Lebensrisikos zu spezifisch haftungsrechtlichen Risiken,¹⁴⁴⁸ indem das Haftungsrecht den Schutzbereich und die Verhaltensanforderungen sowie die Rechtsfolgen definiert.¹⁴⁴⁹ Durch das Schadensersatzrecht werden auch Schäden abgedeckt, welche nicht durch eine Versicherung gedeckt sind.¹⁴⁵⁰ Problematisch ist, dass in der Praxis die Schadensregulation zwischen zwei Versicherern nicht nach den Verschuldensantei-

¹⁴³⁹ Brügge-meier, Haftungsrecht, S. 9.

¹⁴⁴⁰ Brügge-meier, Haftungsrecht, S. 9.

¹⁴⁴¹ Deckert, JA 1996, 712 (714).

¹⁴⁴² Looschelders, VersR 1996, 529 (535); Kötz/Wagner, Deliktsrecht, Rn. 86, S. 41.

¹⁴⁴³ Wandt, VersicherungsR, S. 353, Rn. 1017.

¹⁴⁴⁴ Kötz/Wagner, Deliktsrecht, Rn. 85, S. 40.

¹⁴⁴⁵ v. Bar, AcP 181 (1981), 289 (311).

¹⁴⁴⁶ v. Bar, AcP 181 (1981), 289 (312).

¹⁴⁴⁷ v. Bar, AcP 181 (1981), 289 (312).

¹⁴⁴⁸ Kötz, sozialer Wandel, S. 30.

¹⁴⁴⁹ Brügge-meier, Haftungsrecht, S. 13.

¹⁴⁵⁰ Katzenmeier, VersR 2002, 1449 (1453).

len, sondern nach Schadensteilungsabkommen reguliert werden, was den Anwendungsbereich der Normen des Haftungsrechtes unterminiert.¹⁴⁵¹

Dass sich die Funktion des Haftungsrechtes mit der Erweiterung der Versicherungen gewandelt hat, ist sicherlich richtig. Eine Beeinflussung von Tatbestandsmerkmalen wie des Verschuldens ist hierdurch jedoch noch nicht belegt; schließlich geht das Gesetz nach wie vor von dem Trennungsprinzip aus. In der Gesetzesbegründung zu § 100 VVG wird tatsächlich darauf abgestellt, dass ein Anspruch „auf Grund seiner Verantwortlichkeit“ entstanden sein muss.¹⁴⁵²

Dieses Trennungsprinzip wird aber durch den Gesetzgeber selbst durchbrochen; etwa wenn gem. § 115 VVG dem Dritten ein eigener Anspruch gegen den Versicherer gewährt wird. Dann ist die Beobachtung richtig, dass der Zweck des Opferschutzes in den Vordergrund gestellt wird.¹⁴⁵³ Im Kfz-Pflichtversicherungsrecht (PflVG) ist der Direktanspruch die Regel; daher ist hier eine Überschneidung der Materien gegeben.¹⁴⁵⁴

Wenn nämlich eine Pflichtversicherung gegeben ist, dann hat der Gesetzgeber grundsätzlich hiermit dafür gesorgt, dass das Risiko der betreffenden Materie – etwa des Straßenverkehrs – auf den Versicherer übertragen ist. In diesen Fällen kann die Tatsache, dass eine Versicherung besteht, möglicherweise ein zu beachtendes Kriterium sein; schließlich hat der Gesetzgeber durch die Pflicht zur Versicherung selbst dafür gesorgt, dass das Risiko nicht mehr bei den Parteien liegt. Wenn dann auch noch ein Direktanspruch besteht, so tritt der Schutz des Opfers nach gesetzgeberischer Wertung so weit in den Vordergrund, dass bei der Bewertung des Verschuldens die Tatsache der Versicherung miteinbezogen werden kann. Es wurde bereits gezeigt, dass der Zweck der Versicherung aus Sicht des Versicherungsnehmers zum einen in einer Fremdnützigkeit – der Leistung an den Geschädigten – und einer Eigennützigkeit für den Versicherten – der Freistellung von Ansprüchen – besteht. Die Ausgestaltung der Kfz-Versicherung als Pflichtversicherung in Verbindung mit der Normierung der Gefährdungshaftung bzw. Haftung für vermutetes Verschulden, zeigt, dass das Motiv der Eigennützigkeit an dieser Stelle stark in den Hintergrund tritt. Das Motiv der Fremdnützigkeit, die Zahlung zugunsten des Geschädigten hingegen tritt zentral in den Vordergrund.

Hiergegen spricht nicht das grundsätzliche Festhalten am Verschuldensprinzip ausweislich der Gesetzesmaterialien bei § 100 VVG;¹⁴⁵⁵ dieser gilt nämlich für alle Versicherungstypen, während bei Pflichtversicherungen eine Sonderlage besteht. Dies wird auch deutlich, wenn in den Gesetzesmaterialien zur Pflichtversicherung gesagt wird, dass der Versicherer wirtschaftlich und rechtlich an die Stelle des Versicherten trete, wobei ein Geschädigter nicht einmal mehr das Risiko des Selbstbehaltes trägt.¹⁴⁵⁶

¹⁴⁵¹ Katzenmeier, VersR 2002, 1449 (1454).

¹⁴⁵² BT Drucksache 16/3945, S. 85.

¹⁴⁵³ BGHZ 127, 187 (191); v. Bar, AcP 181 (1981), 289 (295).

¹⁴⁵⁴ Seybold/Wendt, VersR 2009, 455 (462).

¹⁴⁵⁵ So aber: Seybold/Wendt, VersR 2009, 455 (462).

¹⁴⁵⁶ BT Drucksache 16/3945, S. 50.

Die Entwicklung von Versicherungsrecht und Haftungsrecht hat sich also gegenseitig beeinflusst. Insbesondere der Präventionszweck des Haftungsrechtes kann aufgrund des Versicherungswesens nicht im Vordergrund stehen. Jedoch sind beide Materien grundsätzlich voneinander unabhängig, da das Trennungsprinzip herrscht. Eine Beeinflussung kann daher nur ausnahmsweise in Betracht kommen, wenn eine Pflichtversicherung oder ein Direktanspruch des Dritten gegen die Versicherung gegeben ist. Dann nämlich ist das Trennungsprinzip durchbrochen. Nach der Wertung des Gesetzgebers steht dann der Schutz des Geschädigten entscheidend im Vordergrund. Dies kann daher ausnahmsweise die Auslegung eines Haftungsgrundes beeinflussen.

gg. Gefahren des Straßenverkehrs

Der Maßstab der eigenüblichen Sorgfalt sei im heutigen Straßenverkehr ungeeignet, weil jeder Fahrer den gleichen Anforderungen genügen müsse.¹⁴⁵⁷ So formuliert der BGH¹⁴⁵⁸: „der Haftungsmaßstab [der eigenüblichen Sorgfalt ist] für das Straßenverkehrsrecht allgemein ungeeignet [...]. Er kann für diesen Bereich nach [...] dem Zweck des Gesetzes nicht gewollt sein“.¹⁴⁵⁹ Das Gebiet des Straßenverkehrs erlaube „seiner Natur nach keinen Spielraum für individuelle Sorglosigkeit“.¹⁴⁶⁰ Leben und Gesundheit müssten nach dem im Straßenverkehr allgemein gültigen objektiven Maßstab behandelt werden.¹⁴⁶¹ Den Gefahren des Straßenverkehrs wolle der Gesetzgeber durch das Haftungssystem des Straßenverkehrsrechts entgegen treten. Dies dürfe nicht torpediert werden, indem solche Haftungsbeschränkungen zur Anwendung kämen.¹⁴⁶² Sonst werde man der Schutzfunktion des Haftungsrechtes, der beim Straßenverkehr eine besondere Bedeutung zukomme, nicht gerecht.¹⁴⁶³

Daher hat der BGH für die §§ 708, 1359 entschieden, dass diese im Straßenverkehr keine Anwendung finden sollten.¹⁴⁶⁴ Soweit die Nachlässigkeit des Fahrers von den Mitfahrern erkannt worden sei, könne dem im Rahmen des Mitverschuldens i.S.v. § 254 Rechnung getragen werden.¹⁴⁶⁵ Daher passe die Haftungsmilderung nicht auf den Straßenverkehr. An der Einhaltung der Straßenverkehrsregeln bestehe schließlich ein öffent-

¹⁴⁵⁷ Böhmer, NJW 1969, 595 (595).

¹⁴⁵⁸ In Abkehr zur früheren Rechtsprechung (BGH VersR 1960, 802 (804)): § 708 sollte hier auf den Straßenverkehr anwendbar sein, weil die Fahrt eine Erfüllung der den Gesellschaftern obliegenden Verpflichtungen darstellte.)

¹⁴⁵⁹ BGHZ 46, 313 (317).

¹⁴⁶⁰ BGHZ 46, 313 (318).

¹⁴⁶¹ BGHZ 46, 313 (317); BGHZ 53, 352 (355).

¹⁴⁶² BGHZ 46, 313 (317).

¹⁴⁶³ BGHZ 53, 352 (356).

¹⁴⁶⁴ Zu § 708: BGHZ 46, 313; nicht hingegen im Luftverkehr: BGH JZ 1972, 88. Zu § 1359: BGHZ 53, 352 und BGHZ 61, 101 (Straßenverkehr); BGH NJW 2009, 1875 (Führen eines Motorbootes).

¹⁴⁶⁵ BGHZ 46, 313 (318).

liches Interesse.¹⁴⁶⁶ Die allgemeinen Rücksichts – und Sorgfaltspflichten im Verkehr seien nicht mit der Anwendung der eigenüblichen Sorgfalt zu vereinbaren.¹⁴⁶⁷

Jedoch gibt es auch Kritiker dieser Begründung: Wenn im Straßenverkehr wirklich kein Raum für individuelle Sorglosigkeit sei, dann müsste man ebenfalls vertragliche Haftungsverzichte im Straßenverkehr als unwirksam erachten.¹⁴⁶⁸ Zudem sei es nicht Funktion des Zivilrechtes, das Verkehrsstrafrecht oder das Ordnungswidrigkeitenrecht zu ergänzen, welche ausreichend eigene Regelungen bereithalten.¹⁴⁶⁹ Da diese Haftungsmilderung nur interne Wirkung habe könne sie eine Wirkung auf öffentliche Gefahren des Straßenverkehrs nicht entfalten.¹⁴⁷⁰ Der Gedanke, der der Argumentation des BGH zugrunde liege, sei, dass der Fahrer zu besonders sorgfältigem Fahren veranlasst werde, wenn er sich nicht nur an die Verkehrsregeln halten müsse, sondern auch zivilrechtlich gegenüber dem Mitfahrer haften müsse.¹⁴⁷¹ Diesem rechtspolitischen Zweck stünde jedoch die Anwendung der eigenüblichen Sorgfalt nicht entgegen, weil dieses keine Haftungsbeefreiung aufgrund „individueller Sorglosigkeit“, sondern „individueller Sorgfalt“ führe.¹⁴⁷² Ferner seien die Gefahren des Straßenverkehrs heute überall bekannt; unbekannte Wege könnten durch eine Haftungsmilderung also nicht eröffnet werden.¹⁴⁷³

Der ganz überwiegende Teil, vor allem der neueren Literatur¹⁴⁷⁴ und auch die Rechtsprechung¹⁴⁷⁵ hingegen befürworten diese Rechtsprechung und erkennen sie an; wenn gleich die Argumentation nicht überall begrüßt wird.

hh. Richterliche Rechtsfortbildung

Teilweise wird die Unanwendbarkeit aus der gewohnheitsrechtlich anerkannten richterlichen Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung des BGH anerkannt.¹⁴⁷⁶ Hierfür spreche zudem die Gesetzesbegründung des § 4 LPartG, wonach diese Rechtsprechung ak-

¹⁴⁶⁶ Döpp, JR 1969, 14 (15).

¹⁴⁶⁷ Stoll, JZ 1964, 61 (62).

¹⁴⁶⁸ Diederichsen, VersR 1983, Beiheft, 141 (143).

¹⁴⁶⁹ Diederichsen, VersR 1983, Beiheft, 141 (143).

¹⁴⁷⁰ Erman/Westermann § 708 Rn. 6, Bamberger/Roth/Timm/Schöne § 708 Rn. 14.

¹⁴⁷¹ Döpp, NJW 1969, 1472 (1472).

¹⁴⁷² Döpp, JR 1969, 14 (15).

¹⁴⁷³ Schütz, VersR 1968, 633 (634).

¹⁴⁷⁴ Obwohl das Ergebnis des BGH ganz überwiegend befürwortet wird (s.o. Fn. 1351), wird der Argumentation des BGH nur selten ausdrücklich zugestimmt: Bern, NZV 1991, 449 (452); ähnlich wie der BGH Böhmer, NJW 1969, S. 595 f.; Stoll, JZ 1964, S. 60 ff.; Wilts, VersR 1964, S. 455 ff.; Dressler, in: Wussow, UnfallhaftpflichtR, Kapitel 72 Rn. 6; Bamberger/Roth/Hahn § 1359 Rn. 7; Bamberger/Roth/Veit § 1664 Rn. 3; Erman/Kroll-Ludwigs § 1359 Rn. 5; Erman/Michalski/Döll § 1664 Rn. 3; Soergel/Hadding/Kießling § 708 Rn. 3; Soergel/Lange § 1359 Rn. 3; Soergel/Strätz § 1664 Rn. 4; Klunzinger, GesellschaftsR, § 4, I 3 c) cc) S. 22; Lange/Schiemann, Schadensersatz, § 10 XVII, S. 660; Schwab, FamR, § Rn. 147, § 62 Rn. 692; Windbichler, GesellschaftsR § 7 Rn. 5, S. 65.

¹⁴⁷⁵ OLG Frankfurt, NJW-RR 1986, 1350 (1351); OLG Hamm NJW 1993, 542 (543); OLG Karlsruhe FamRZ 2009, 707 (708); OLG Bamberg, NJW 2012, 1820 (1821).

¹⁴⁷⁶ MüKo/Ulmer/Schäfer § 708 Rn. 12; MüKo/Roth § 1359 Rn. 18; Staudinger/Voppel § 1359 Rn. 23; Gernhuber/Coester-Waltjen, FamR § 22 I 3, Rn. 6.

zeptiert werde: Die die Unanwendbarkeit der eigenüblichen Sorgfalt im Straßenverkehr tragenden Gründe „dürften“ hiernach auch bei § 4 LPartG gelten.¹⁴⁷⁷ Da der BGH unter „Duldung des schweigenden Gesetzgebers“ die Behandlung in der Praxis gesichert habe, sei es sinnlos, hiergegen „theoretisch zu polemisieren“.¹⁴⁷⁸

Jedoch sei diese Rechtsprechung nur durch den BGH geprägt, während die Instanzgerichte anderes entschieden und selbst der BGH sich die Hintertür der Parteivereinbarung über die Anwendbarkeit des § 708 offen gelassen habe, weshalb dies lediglich als ausgeprägten Rechtsprechungstendenz bezeichnet wird.¹⁴⁷⁹

Früher hatte das RG entschieden, dass beim Führen eines Kfz § 1359 anwendbar sei.¹⁴⁸⁰ Ebenso die Instanzgerichte vor der ersten maßgeblichen Entscheidung des BGH.¹⁴⁸¹ Inzwischen jedoch hat der BGH seine Rechtsprechung immer wieder bestätigt.¹⁴⁸² Die Instanzgerichte sind dem BGH inzwischen grundsätzlich gefolgt.¹⁴⁸³ Auch wenn im Einzelfall anders entschieden wurde, weil kein Unfall im Straßenverkehr angenommen wurde, sondern die Verletzung einer allgemeinen Aufsichtspflicht¹⁴⁸⁴ bzw. weil keine Teilnahme als Kraftfahrer und kein Verstoß gegen Regeln des Straßenverkehrs gegeben war¹⁴⁸⁵ oder weil kein Versicherungsschutz gegeben war.¹⁴⁸⁶ Nach der obergerichtlichen Rechtsprechung könne die Haftungsmilderung des § 346 III Nr. 3 hingegen grundsätzlich nicht für den Straßenverkehr gelten, weil hier keine gemeinsame Teilnahme am Straßenverkehr gegeben sei. Daher sei § 346 III Nr. 3 grundsätzlich anwendbar, auch wenn ein Unfall im Straßenverkehr den Wertersatz auslöse.¹⁴⁸⁷ Die hinter der Norm stehende Überlegung weise keinen Bezug zum Straßenverkehr auf: das Verhältnis zwischen Rückgewährschuldner und –gläubiger habe mit Ansprüchen, die sich aus dem Straßenverkehr ergeben keinen Zusammenhang.¹⁴⁸⁸ Die Normen des Straßenverkehrsrechtes sollten schließlich nicht den Verkäufer schützen.¹⁴⁸⁹ Hieraufhin äußerte sich der BGH zu dieser im ihm vorliegenden Fall nicht entscheidungserheblichen Tatsache, dass hier zwar tatsächlich keine gemeinsame Teilnahme am Straßenverkehr vorliege,¹⁴⁹⁰ dass dies aber die „merkwürdige prozessuale Konsequenz“ habe, dass der Käufer nachweisen müsse, dass

¹⁴⁷⁷ BT Drucksache 14/3751, S. 37.

¹⁴⁷⁸ Gernhuber/Coester-Waltjen, FamR § 22 I 3, Rn 6.

¹⁴⁷⁹ Staudinger/Habermeier § 708 Rn. 16.

¹⁴⁸⁰ RGZ 138,1 (5).

¹⁴⁸¹ OLG Hamburg VersR 58, 809 (810); OLG Stuttgart VersR 58, 891 (892); OLG Bremen VersR 64, 644 (644).

¹⁴⁸² BGHZ 46, 313; BGHZ 53, 352; BGHZ 63, 51; BGHZ 61, 101; BGH NJW 2009, 1875.

¹⁴⁸³ OLG Frankfurt, NJW-RR 1986, 1350 (1351); OLG Hamm NJW 1993, 542 (543); OLG Karlsruhe FamRZ 2009, 707 (708); OLG Bamberg; NJW 2012, 1820 (1821).

¹⁴⁸⁴ OLG Hamm NJW 1993, 542 (543); OLG Stuttgart NJW-RR 2011, 239 (240).

¹⁴⁸⁵ OLG Bamberg; NJW 2012, 1820 (1821).

¹⁴⁸⁶ OLG Frankfurt, NJW-RR 1986, 1350 (1351).

¹⁴⁸⁷ OLG Karlsruhe, NJW 2008, 925 (926).

¹⁴⁸⁸ OLG Karlsruhe, NJW 2008, 925 (926).

¹⁴⁸⁹ OLG Karlsruhe, NJW 2008, 925 (927).

¹⁴⁹⁰ BGH NJW 2008, 911 (913).

er sich im Straßenverkehr stets sorglos verhalte.¹⁴⁹¹ Zudem könne der Käufer nicht dann privilegiert werden, wenn ihm eine eigenübliche Sorglosigkeit – wie im Straßenverkehr – ausdrücklich verboten sei; auch wenn dieses Verbot die Teilnehmer des Straßenverkehrs und nicht den Verkäufer schütze.¹⁴⁹²

Hier hat der BGH wieder deutlich Stellung bezogen und sich zu seiner ständigen Rechtsprechung sogar in anders gelagerten Fällen wie dem § 346 III Nr. 3 bekannt. Bei den Fällen mit enger persönlicher Beziehung hatten die Obergerichte diese Formel auch angenommen. Es kann also nicht die Rede davon sein, dass die Instanzgerichte dies nicht befürworteten. Unterschiedliche Ergebnisse jedoch entstehen aufgrund der differierenden Auffassung von „Teilnahme am Straßenverkehr“. In den Fällen, in welchen die Obergerichte den § 1664 anwendeten, war jeweils das Elternteil nicht Führer eines Kfz gewesen; dies ist durchaus in Einklang mit der Rechtsprechung des BGH, da der Schaden in den vom BGH getroffenen Entscheidungen durch den Führer eines Kfz ausgelöst worden war.¹⁴⁹³

Ob ein Verkehrsteilnehmer, der nicht Führer eines Kfz ist, haftungsprivilegiert ist, wurde davon abhängig gemacht, ob er gleichzeitig eine allgemeine, nicht straßenverkehrsspezifische Aufsichtspflicht verletzt hatte.¹⁴⁹⁴ War das der Fall, wurde die Haftungsmilderung angewendet. Wenn beim Nicht-Führer eines Kfz allerdings zusätzlich darauf abgestellt wurde, ob eine Verkehrsvorschrift verletzt wird¹⁴⁹⁵ wurde übersehen, dass es durchaus möglich ist, dass sich ein Unfall im Straßenverkehr ereignet, bei dem ein Kind geschädigt wird, obwohl ein Elternteil nicht gegen eine explizite Verkehrsregel verstoßen hat – sondern etwa gegen die allgemeine Pflicht zur Beaufsichtigung. So könne diese Ansicht, konsequent umgesetzt, sogar Fälle des fahrenden Verkehrs betreffen (Kinder und Eltern sind mit dem Fahrrad unterwegs); hier seien stets auch Dritte gefährdet.¹⁴⁹⁶ Daher wird hiergegen zu Recht eingewandt, dass der Verstoß gegen Straßenverkehrsregeln kein geeignetes Entscheidungskriterium sei, sondern darauf abgestellt werden müsse, ob eine allgemeine Pflicht verletzt oder eine besondere im Rahmen des Straßenverkehrs bestehende Pflicht verletzt worden sei.¹⁴⁹⁷ Dies erscheint als gutes Unterscheidungskriterium, ist allerdings von der Rechtsprechung so noch nicht angenommen worden.

Ob also grundsätzlich nur Fälle erfasst werden müssen, bei denen die Haftungsmilderung dem Führer eines Kfz zugutekommt, ist nach der Rechtsprechung noch unklar. Jedenfalls lässt sich festhalten, dass die Rechtsprechung als Teilnahme am Straßenverkehr das Führen eines Kfz betrachtet.

¹⁴⁹¹ BGH NJW 2008, 911 (913).

¹⁴⁹² BGH NJW 2008, 911 (913).

¹⁴⁹³ BGHZ 46, 313; BGHZ 53, 352; BGHZ 63, 51; BGHZ 61, 101.

¹⁴⁹⁴ OLG Hamm NJW 1993, 542 (543); OLG Karlsruhe FamRZ 2009, 707 (708).

¹⁴⁹⁵ So aber OLG Bamberg, NJW 2012, 1820 (1821).

¹⁴⁹⁶ Werkmeister, NJW 2012, 1820 (1822).

¹⁴⁹⁷ Werkmeister, NJW 2012, 1820 (1822).

Fraglich ist die Bindungswirkung dieser Rechtsprechung. Es ist durchaus die Aufgabe der Rechtsprechung, unbestimmte Rechtsbegriffe auszulegen. Jedoch ist es Aufgabe des Gesetzgebers abstrakte Normen aufzustellen, die die tatsächlichen Sachverhalte umfassend regeln. Daher ist grundsätzlich eine Rechtsprechung nicht bindend. Eine solche Bindung kann in unserer kontinentaleuropäischen Rechtsordnung nicht ohne weiteres wie in den angelsächsischen Rechtsordnungen hergeleitet werden. Es ist aufgrund der Gewaltenteilung grundsätzlich nicht Aufgabe des Richters, solche Entscheidungen zu treffen. Sonst trete der Richter an die Stelle des Gesetzgebers – was zwar „angesichts der Arbeitsweise des letzteren verständlich“ sei,¹⁴⁹⁸ so aber nicht von unserer Rechtsordnung vorgesehen ist. Der Richter dürfe sich daher nur ganz beschränkt auf die „gesetzgeberische Duldung“ berufen, weil andernfalls ein Verstoß gegen das Demokratieprinzip vorliege.¹⁴⁹⁹ Wichtiger Aspekt sei auch eine durch die Gerichte faktisch geschaffene Rechtslage: der Gesetzgeber wolle dem Richter nicht ausdrücklich widersprechen, um so das Vertrauen des Rechtsverkehrs zu schützen.¹⁵⁰⁰ Diese Befürchtung scheint jedoch zu weit gegriffen: wenn der Gesetzgeber die Rechtssicherheit wahren will, kann eine solche die ständige Rechtsprechung ablehnende Gesetzgebung angekündigt werden. Außerdem ist dies eine Frage der Rückwirkung, die hier nicht vertieft werden soll. Schließlich wird gesagt, dass selbst der übereinstimmende Wille des Gesetzgebers nichts an der Kompetenzverletzung des Richters ändere.¹⁵⁰¹ Dies ist jedoch nur dann richtig, wenn auch eine Kompetenzverletzung vorliegt. Eine solche liegt aber nur dann vor, wenn eine Rechtsfortbildung gegen das Gesetz stattgefunden hat. Wenn hingegen kein Widerspruch zur Rechtsordnung gegeben ist, kann sich möglicherweise ein Gewohnheitsrecht herausgebildet haben, das gültig ist wie positives Recht.¹⁵⁰² Ob sich ein solches Gewohnheitsrecht im Einklang mit der Rechtsordnung entwickelt hat, muss untersucht werden. Dies hängt von den Voraussetzungen der Rechtmäßigkeit richterlicher Rechtsfortbildung ab; diese wurde oben grundsätzlich dann anerkannt, wenn eine Lücke und eine rechtmäßige Lückenfüllung vorliegt und diese Rechtsprechung durch die Rechtsgemeinschaft allgemein anerkannt ist. Die allgemeine Anerkennung durch die Rechtsgemeinschaft wurde soeben dargetan. Das Bestehen einer Lücke und die Rechtmäßigkeit der Lückenfüllung hingegen sind noch zu erörtern.

ii. Würdigung

Die §§ 7, 18 StVG legen eine außervertragliche Haftung fest;¹⁵⁰³ § 7 StVG statuiert eine Gefährdungshaftung, während § 18 StVG eine Haftung für vermutetes Verschulden normiert. Beides sind Formen der außervertraglichen Haftung, wie auch die Haftung für Verschulden. Für die außervertragliche Verschuldenshaftung (die deliktische Haftung)

¹⁴⁹⁸ Hoffmann, NJW 1967, 1207 (1207).

¹⁴⁹⁹ Wank, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, § 28, S. 215.

¹⁵⁰⁰ Wank, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, § 28, S. 216.

¹⁵⁰¹ Wank, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, § 28, S. 216.

¹⁵⁰² Vogel, juristische Methodik, § 6 I 2a S. 84; Rehbinder, JuS 1991, 542 (543).

¹⁵⁰³ Schellhammer, SchuldR nach AGL, Rn. 921, S. 480.

schlagen die Haftungsmilderungen wegen eigenüblicher Sorgfalt laut BGH¹⁵⁰⁴ und herrschender Meinung in der Literatur¹⁵⁰⁵ durch. Nach den obigen Ausführungen ist dies zumindest dann zu bejahen, wenn ein unmittelbarer Zusammenhang zu dem Vertragsverhältnis besteht.¹⁵⁰⁶

Die Frage ist nun, ob man dies auch für die anderen Bereiche der außervertraglichen Haftung überzeugend bejahen kann oder verneinen muss.

[1]. § 7 StVG

Die Halterhaftung gem. § 7 StVG ist eine Norm der Gefährdungshaftung. Dies ist eine Haftung ohne Verschulden. Anstelle des üblichen Verschuldenskriteriums der Haftung tritt hier die Verwirklichung der spezifischen Gefahr.¹⁵⁰⁷ Da hier aber gerade auf das Kriterium des Verschuldens verzichtet wird, gibt es gar keinen Anknüpfungspunkt für die Anwendung einer den Verschuldensgrad abmildernden Haftungsmilderung. Die Frage, ob die Haftungsmilderung auf § 7 StVG anwendbar ist, stellt sich somit gar nicht.

Dasselbe Ergebnis wird auch erreicht, indem gesagt wird, dass im Bereich der Gefährdungshaftung sich die Ehegatten grundsätzlich nicht in ihrer Sonderrolle als solche gegenüber stehen.¹⁵⁰⁸ Andererseits wird eingewandt, dass das familiäre Verhältnis bei Verschuldenshaftung und Gefährdungshaftung gleich sei, weshalb keine unterschiedliche Beurteilung erfolgen könne.¹⁵⁰⁹ Diese Argumentationen werden jedoch aufgrund der einfachen Tatsache hinfällig, dass es bei der Gefährdungshaftung auf ein Verschulden nicht ankommt und folglich auch keinen Verschuldensmaßstab gibt. Dass dieses familiäre Verhältnis besteht, steht außer Frage; nur weil sich die Beteiligten als Ehegatten gegenüber stehen, wird die Gefahr allerdings nicht geringer. Unter anderem deswegen ist aber auch die Gefährdungshaftung angeordnet.

Nach der Änderung des Straßenverkehrsrechts, durch welche § 7 StVG als Gefährdungshaftung ausgeformt und gleichzeitig § 8a StVG, der Haftungsausschluss bei unentgeltlicher Beförderung, gestrichen wurde,¹⁵¹⁰ wird gefordert, die Haftungsmilderungen auf § 7 StVG anzuwenden, da dieser nun keine allgemeine Verhaltenspflichten mehr begründe, welche von jedem Verkehrsteilnehmer zu beachten seien. Eine andere Lösung widerspreche dem Zweck der §§ 708, 1359, 1664 BGB und § 4 LPartG.¹⁵¹¹ Wenn schon eine mildere Haftung im Rahmen der Familie gelte, müsse dies erst Recht bei der Gefährdungshaftung gelten.¹⁵¹² Hingegen bei der Haftung für vermutetes Verschulden im

¹⁵⁰⁴ BGHZ 46, 313 (316).

¹⁵⁰⁵ Soergel/Spickhoff Vor § 823 Rn. 76; Bamberger/Roth/Spindler § 823 Rn. 0.46; Erman/Schiemann Vor § 823 Rn. 26. BGHZ 46, 313 (316, 317); 86, 234 (240); 93, 23 (29); 96, 221, (229); BGH NJW 1998, 2282 (2283).

¹⁵⁰⁶ S.o.: S. 264.

¹⁵⁰⁷ Fuchs, Deliktsrecht, S. 245.

¹⁵⁰⁸ Gernhuber/Coester-Waltjen, FamR § 22 I 2, Rn 5.

¹⁵⁰⁹ MüKo/Roth § 1359 Rn. 20.

¹⁵¹⁰ Kunschert, NJW 2003, 950 (950).

¹⁵¹¹ Kunschert, NJW 2003, 950 (950).

¹⁵¹² Kunschert, NJW 2003, 950 (950,951).

Rahmen des § 18 StVG sei die Haftungsprivilegierung nicht anzuwenden,¹⁵¹³ da hier nach wie vor der Grundsatz gelte, dass alle Verkehrsteilnehmer die gleichen Sorgfaltspflichten beachten müssten.¹⁵¹⁴

Allerdings wurde durch den Gesetzgeber die Straßenverkehrshaftung so ausgeformt. Das Instrument der Gefährdungshaftung verzichtet bewusst auf das Erfordernis der Schuld. Die Gefährdungshaftung ist nur in speziellen einzeln geregelten Fällen einschlägig, wie hier in § 7 StVG. Innerer Grund für die von einer üblichen Verschuldenshaftung abweichenden Gefährdungshaftung ist das Schaffen einer besonderen Gefahrenlage.¹⁵¹⁵ Diese soll zwar aufgrund ihrer meist wirtschaftlichen Bedeutung erlaubt werden, das Schadensrisiko soll jedoch nicht dem Geschädigten, sondern dem Betreiber der Anlage aufgebürdet werden.¹⁵¹⁶ Nach der Wertung des § 7 StVG ist alleine derjenige, welches ein Kfz hält für eine Schadensverursachung durch dieses verantwortlich. Die Gefahrenlage des Straßenverkehrs beruht nicht auf einer Eigenart des Partners, welche der Gesellschafter oder Ehegatte durch die Haftungsminde rung hinnehmen muss. Sie hat auch nichts mit dem Vertrauensverhältnis der Partner zu tun, sondern stellt eine abstrakte Gefährdung dar, welche in § 7 StVG zuungunsten des Halters geregelt ist. Ohne hin ist die Abschaffung des § 8a a.F. StVG zu begrüßen, da allein den Personen, die selbst am Betrieb des Kfz beteiligt sind, die Gefahr nicht „aufgezwungen“ wird.¹⁵¹⁷ Die Mitfahrer nämlich haben keine Einwirkungsmöglichkeit auf die Gefahr und wurden deshalb in den Schutzbereich der Gefährdungshaftung miteinbezogen. Dies ist als gesetzgeberische Wertung hinzunehmen. Nur weil Ehegatten oder Gesellschafter grundsätzlich nur gemildert haften, kann dies nicht gegen den eindeutigen Wortlaut des § 7 StVG, welcher auf ein Verschulden verzichtet, übertragen werden.

[2]. § 18 StVG

Die Fahrerhaftung gem. § 18 StVG hingegen ist eine Haftung für vermutetes Verschulden. Gem. § 18 I 2 StVG ist die Nichtschuld eine anspruchshindernde Einwendung, die der Fahrer beweisen muss.¹⁵¹⁸ Die Beweislastregel gibt dem Richter vor, wer den Rechtsstreit verliert, wenn eine bestrittene Tatsache nicht nachgewiesen werden kann.¹⁵¹⁹ Diese Form der Haftung sei dort angebracht, wo die Schadensursache im Machbereich des Schädigers liege und nur er sie daher beweisen könne.¹⁵²⁰ Auch hier wird die Risikoverteilung zu Gunsten des Geschädigten umgeformt.¹⁵²¹ Dies ist ein Schritt in Richtung Ge-

¹⁵¹³ Kunschert, NJW 2003, 950 (951).

¹⁵¹⁴ Kunschert, NJW 2003, 950 (951).

¹⁵¹⁵ Schwab/Löhnig, Einführung in das Zivilrecht, Rn. 382, S. 175.

¹⁵¹⁶ Schwab/Löhnig, Einführung in das Zivilrecht, Rn. 382, S. 175.

¹⁵¹⁷ Kötz/Wagner, Deliktsrecht, Rn. 566, S. 222.

¹⁵¹⁸ Schellhammer, SchuldR nach AGL, Rn. 1155, S. 568.

¹⁵¹⁹ Deutsch/Ahrens, Deliktsrecht, § 43 Rn. 745, S. 233.

¹⁵²⁰ Schellhammer, SchuldR nach AGL, Rn. 923, S. 481.

¹⁵²¹ Schwab/Löhnig, Einführung in das Zivilrecht, Rn. 390, S. 178; Schäfer/Ott, ökonomische Analyse, S. 179.

fährdungshaftung, da dem Fahrer das Risiko immer dann auferlegt wird, wenn aus tatsächlichen Gründen ein Gegenbeweis nicht erbracht werden kann.¹⁵²² Hierdurch werden Haftungsgründe im praktischen Ergebnis erweitert und an die Gefährdungshaftung angenähert.¹⁵²³

Die Haftung für vermutetes Verschulden ist eine Kreuzung zwischen deliktischer Verschuldenshaftung und Gefährdungshaftung, da sie Elemente von beiden enthält. Ihre Gemeinsamkeit mit der Gefährdungshaftung ist die Entlastung des Geschädigten, ihre Gemeinsamkeit mit der Verschuldenshaftung ist die Voraussetzung des Verschuldens. Bei der Verschuldenshaftung ist die Haftungsmilderung übertragbar, während dies bei der Gefährdungshaftung nicht der Fall ist. Fraglich ist nun, was bei der Haftung für vermutetes Verschulden gelten soll.

Der wesentliche Unterschied der Haftung wegen vermuteten Verschuldens zur Verschuldenshaftung ist, dass hier die Nichtschuld und nicht das Verschulden Tatbestandsmerkmal ist. Diese Nichtschuld ist aber begrifflich genau das Gegenteil des Verschuldens und diesem somit näher als der Gedanke der Haftung ganz ohne Schuld. Daher liegt der Schluss nahe, diese Fallgruppe wie die Deliktshaftung zu behandeln und die Haftungsmilderung zu übertragen. Wenn man diese nun überträgt, würde der Fahrer dann nicht haften, wenn er positiv beweisen könnte, dass er die eigenübliche Sorgfalt angewendet und nicht grob fahrlässig agiert hat. Auch bei Anwendung der Haftungsprivilegierung müsste derjenige, der für vermutetes Verschulden haftet, sich entlasten. Der Grundgedanke der Haftung für vermutetes Verschulden würde folglich nicht durch die Anwendung der Haftungsmilderung beeinträchtigt werden. Die Entlastung des Geschädigten im Fall der Unaufklärbarkeit der Tatsachen wäre dennoch gegeben. Fraglich ist also nun, ob der Maßstab der eigenüblichen Sorgfalt auch bei der Vorschrift des § 18 StVG Anwendung finden muss.

[a]. Wortlaut

§ 18 I 2: *„Die Ersatzpflicht ist ausgeschlossen, wenn der Schaden nicht durch ein Verschulden des Führers verursacht ist.“*

§ 18 StVG spricht einfach von Verschulden, während die §§ 708, 1359 einen speziellen Maßstab für dieses Verschuldens festlegen, wenn es sich um Gesellschafter oder Ehegatten handelt. Die Formulierung der einzelnen Vorschriften ist so gewählt, dass dieser spezielle Verschuldensmaßstab zwanglos an das Verschulden des § 18 StVG anknüpfen kann. Die Haftungsmilderungen gelten zwar nur „in Erfüllung“ der Ehe oder der Gesellschaft. Zwar ist eine Kfz-Fahrt wohl in der Regeln nicht notwendig, um die eheliche Gemeinschaft aufrecht zu erhalten; allerdings wird es sich hierbei um eine ehetyische Unternehmung handeln, die von der Haftungsmilderung umfasst ist. Bei der Gesellschaft kann eine solche Fahrt sogar notwendig sein; unter Umständen sogar der Hauptzweck der Gesellschaft. Dem Wortlaut nach müsste also gerade in einem solchen Fall die Haftungsmilderung anwendbar sein. Das Verschulden des § 18 StVG entspricht schließlich

¹⁵²² Schwab/Löhnig, Einführung in das Zivilrecht, Rn. 390, S. 178.

¹⁵²³ Lange/Schiemann, Schadensersatz, Einleitung VI 3, S. 20.

dem Verschulden im juristischen Sinne, welches eine Voraussetzung für eine Haftung sein kann. Und um Normen des Haftungsrechtes handelt es sich auch bei den Haftungsmilderungen. Daher ist nach dem Wortlaut davon auszugehen, dass die Haftungsmilderungen im Straßenverkehrsrecht eingreifen.

Etwas anderes könnte sich allerdings aus einer Norm ergeben, die das Rangverhältnis anders festlegt; etwa am Ende des StVG oder im EGBGB könnte eine solche Norm bestehen. Dies ist indes nicht der Fall.

Daher spricht der Wortlaut der Vorschriften dafür, dass die Haftungsmilderungen im Rahmen des § 18 StVG Anwendung finden müssen.

[b]. Historie/Genetik

Die genetische Auslegung hingegen ergibt genau das Gegenteil: zwar war der Straßenverkehr zur Zeit der Schaffung der §§ 708, 1359 noch nicht so weit entwickelt, als dass hier ein Konflikt ersichtlich gewesen wäre. Jedoch gilt dies nun nicht mehr; dennoch sind diese Vorschriften noch immer gültig und wurden weder von der Schuldrechtsreform noch der Änderung des Schadensrechtes berührt.¹⁵²⁴

So war bei Neufassung der Normen des StVG der Konflikt bekannt. Auch bekannt war jedoch die ständige Rechtsprechung des BGH, wonach im Straßenverkehr kein Platz für individuelle Sorglosigkeit sei.¹⁵²⁵ Eine eindeutige Norm, welche zur Abkehr von dieser Rechtsprechung gezwungen hätte, ist jedoch nicht geschaffen worden. Im Gegenteil: bei der Gesetzesbegründung des § 4 LPartG wurde auf die Rechtsprechung des BGH zum Straßenverkehr ausdrücklich Bezug genommen.¹⁵²⁶ Dies spricht eindeutig dafür, dass nach dem Willen des Gesetzgebers eine Anwendbarkeit der eigenüblichen Sorgfalt auf den Straßenverkehr nicht gewollt ist. Umso bedauerlicher ist es, dass sich dieser Wille nicht im Wortlaut manifestiert. Die genetische Auslegung spricht klar gegen eine Anwendbarkeit der Normen im Straßenverkehrsrecht.

Dies spiegelt sich ebenfalls nach der historischen Auslegung wider: es wurde bereits aufgezeigt, dass die gesamte Rechtsprechung und der ganz überwiegende Teil der Literatur eine Anwendbarkeit des Maßstabes der eigenüblichen Sorgfalt im Straßenverkehr aufgrund von verschiedenen Argumentationen ablehnen. Eine Anwendbarkeit wird heute nur noch von wenigen Stimmen vertreten, und dann auch nur, wenn es bei einer Gesellschaft Hauptzweck war, ein Kfz zu steuern.¹⁵²⁷

[c]. Systematik

Systematisch gesehen behandeln alle Normen spezielle Materien: der § 18 StVG das Straßenverkehrsrecht und die §§ 708, 1359 das Gesellschafts – bzw. Eherecht. Allerdings handelt es sich gleichzeitig auch immer um Normen des Haftungsrechtes. Hierbei ist

¹⁵²⁴ Kunschart, NJW 2003, 950 (950).

¹⁵²⁵ BGHZ 46, 313 (318).

¹⁵²⁶ BT Drucksache 14/3751, S. 37.

¹⁵²⁷ Erman/Westermann § 708 Rn. 6; Bamberger/Roth/Timm/Schöne § 708 Rn. 14.

§ 18 StVG eine Anspruchsgrundlage und die Normen der eigenüblichen Sorgfalt sind Haftungsmaßstäbe. Diese Haftungsmaßstäbe operieren aber innerhalb einer Anspruchsgrundlage, welche eine Verschuldenshaftung normiert. Bei § 18 StVG wird eine Haftung für vermutetes Verschulden normiert. Ein Verschulden, an das die Haftungserleichterungen anknüpfen können ist somit Tatbestandsmerkmal. Das Rechtsverhältnis des Gesellschafters oder des Ehegatten besteht auch im Straßenverkehr weiter. Daher könnte aus systematischen Gesichtspunkten also die Haftungsprivilegierung anwendbar sein.

Andererseits ist das Straßenverkehrsrecht eine spezielle Materie, die sich durch besondere Wertungen, wie der Versicherungspflicht auszeichnet. Daher hat beim Straßenverkehr der Schadensausgleich höchste Priorität. Diese gesetzgeberische Wertung könnte sogar die allgemeinen Wirkungen der Ehe überlagern. Dies wiederum könnte dafür sprechen, dass die Haftungsmilderung nicht anwendbar sein soll.

[d]. *Telos*

Das Straßenverkehrsrecht hat verschiedene Regelungszwecke; die Haftung für vermutetes Verschulden des § 18 StVG jedenfalls dient der Risikoverteilung auf den Fahrer im Falle der Nichtbeweisbarkeit.¹⁵²⁸ Daher wird gesagt, dass § 18 StVG an ein Fehlverhalten des Fahrers anknüpfe und nicht an die allgemeine Gefährlichkeit des Straßenverkehrs.¹⁵²⁹ Jedoch wird hier die grundsätzliche Haftung des Halters gem. § 7 StVG im Falle des Verschuldens auf den Fahrer erweitert.¹⁵³⁰ § 7 StVG wiederum will der Gefahr des Betreibens des Kfz Rechnung tragen. Indirekt ist die zusätzliche Haftung des Fahrers also doch auf die Gefährlichkeit des Straßenverkehrs zurückzuführen. Prozessual gesehen ist die Vermutung des Verschuldens relevant für die Darlegungs – und Beweislast; materiell rechtlich gesehen muss möglicherweise gar kein Verschulden geprüft werden.¹⁵³¹ Jedoch kann der Fahrzeugführer den Gegenbeweis erbringen, in dessen Rahmen es grundsätzlich möglich ist, ein Verhalten in eigenen Angelegenheiten darzulegen.

Die Haftungsmilderung auf die eigenübliche Sorgfalt gibt es in verschiedenen Bereichen des BGB teilweise mit unterschiedlichen, teilweise mit sich überschneidenden Grundgedanken. Während bei den §§ 708, 1359, 1664 die Handlungsfähigkeit der agierenden Person und das enge persönliche Vertrauensverhältnis im Vordergrund steht, ist der Sphärengedanke bei den §§ 346, 690 und 2131 zu finden. In den Fällen, welche die Rechtsprechung zu beurteilen hatte, ging es stets um die §§ 346, 708, 1359, 1664. Bei den Fällen des BGH zu den §§ 708, 1359 war jeweils die Anspruchsgrundlage eine Norm des StVG gewesen. Hier saß entweder die geschädigte Person mit im Wagen, so dass ein Körperverletzung entstand oder der Wagen, der im Eigentum des anderen stand, wurde geschädigt.

Daher stellt sich die Frage zunächst bei familien – oder gesellschaftsrechtlichen Verhältnissen, bei denen Schädiger und Geschädigter gemeinsam als Fahrer und Beifahrer

¹⁵²⁸ Schwab/Löhnig, Einführung in das Zivilrecht, Rn. 390, S. 178.

¹⁵²⁹ Fuchs, Deliktsrecht, S. 179.

¹⁵³⁰ Schwarz/Wandt, gesetzl. Schuldverhältnisse, § 18 Rn. 2.

¹⁵³¹ Schwarz/Wandt, gesetzl. Schuldverhältnisse, § 18 Rn. 2.

am Kraftwagenverkehr teilgenommen haben. Dieses dort vorherrschende enge persönliche Verhältnis besteht grundsätzlich auch in der Situation des Straßenverkehrs. Umgekehrt fällt die Gefährlichkeit des Straßenverkehrs (und damit einer der zumindest indirekten Gründe für die Normierung der Haftung für vermutetes Verschulden) nicht deswegen weg, weil sich die Parteien gut kennen. Dass nun die Gefahr ein wichtigeres Argument als die Handlungsfähigkeit im privaten Rahmen ist, ist eine Gefühlsentscheidung.

[e]. Lücke?

Hier könnte es sich um ein veraltetes Gesetz handeln; der Straßenverkehr hat sich schließlich erst nach der Entstehung des BGB maßgeblich entwickelt. Dies jedoch ist nicht der Fall: sowohl im StVG als auch im BGB sind zahlreiche Änderungen vorgenommen worden, in deren Rahmen eine klärende Norm hätte aufgenommen werden können. Zudem wurde bei § 4 LPartG sogar ausdrücklich auf die Rechtsprechung des BGH verwiesen und diese geduldet.

Da aus systematischen Gesichtspunkten ohne weiteres eine Anwendung des besonderen Haftungsmaßstabes im Straßenverkehrsrecht möglich ist, besteht keine Kollisionslücke; die Normen widersprechen sich nicht.

Allerdings könnte eine Ausnahmelücke vorliegen: diese liegt dann vor, wenn dem Gesetz eine geschriebene Ausnahme fehlt, die nach der Wertung des Gesetzes eigentlich vorhanden sein müsste.¹⁵³² Da sich hier keine Normen widersprechen, sondern Wertungen – einerseits Schutz der Verkehrsteilnehmer durch strenge Haftung, andererseits Schutz der Handlungsfreiheit durch milde Haftung – liegt eine Ausnahmelücke vor.

Daher war es der Rechtsprechung möglich, aufgrund eigener Wertung eine Entscheidung zu treffen.

Der BGH hat sich wie folgt geholfen: das Haftungssystem des Straßenverkehrsrechts solle den Gefahren entgegentreten,¹⁵³³ für individuelle Sorglosigkeit sei kein Raum.¹⁵³⁴ Aufgrund der objektiven Gefährlichkeit soll jeder Fahrer den gleichen Anforderungen genügen müssen.¹⁵³⁵

Kritisiert an der Argumentation des BGH wird, wie oben dargestellt, dass eine Ergänzung des Verkehrsstrafrechtes nicht notwendig sei.¹⁵³⁶ Zwar lässt sich in der Argumentation des BGH ein generalpräventiver Ansatz erkennen; dieser ist jedoch nicht ausschlaggebender Gesichtspunkt. Es handelt es sich hier nicht um eine solche Ergänzung des Verkehrsstrafrechtes, da es bei § 18 StVG alleine um den Rechtsgüterschutz des Verletzten geht und nicht um die Bestrafung des Schädigers. Zu bedenken ist, dass der Schädiger gegenüber möglichen Dritten voll haftet. Nur gegenüber seinen Partnern in der

¹⁵³² Rüthers/Fischer, Rechtstheorie, § 23 Rn. 848, S. 533.

¹⁵³³ BGHZ 46, 313 (317).

¹⁵³⁴ BGHZ 46, 313 (318).

¹⁵³⁵ Böhmer, NJW 1969, 595 (595).

¹⁵³⁶ Diederichsen, VersR 1983, Beiheft, 141 (143).

Gesellschaft haftet er nach den Grundsätzen der *diligentia quam in suis*, falls die Haftungsmilderungen anwendbar wären. Hieraus kann aber nicht geschlossen werden, dass der Schädiger nicht grundsätzlich dazu verpflichtet ist, im Straßenverkehr die verkehrsübliche Sorgfalt walten zu lassen. Die §§ 708, 1359 sind Haftungsnormen und beschäftigen sich als solche mit der Höhe der Haftung. Sie statuieren jedoch keinen allgemeinen Sorglosigkeits-Blanko-Scheck. In diese Richtung gehen auch die Gedanken von Medicus, der feststellt, dass die durch das Verkehrsstrafrecht sanktionierten Pflicht zur Anwendung der objektiv gebotenen Sorgfalt eine zivilrechtliche Haftungsbeschränkung im Verhältnis zu bestimmten Personen sehr wohl vereinbar sei.¹⁵³⁷

Der ausschlaggebende Gedanke, der der Argumentation des BGH zugrunde liegt, ist nicht der, dass der Fahrer zu besonders sorgfältigem Fahren veranlasst werde,¹⁵³⁸ sondern der einer gerechten Lastenverteilung zugunsten des Geschädigten in einer Materie, in der selbst kleinste Fehler große Auswirkungen haben können. Wesentlicher Aspekt des Schutzes des Mitfahrers ist nämlich, dass dieser keinen Einfluss auf die Gefahrenlage hat und somit nicht das Risiko der Schadensverwirklichung tragen soll. Der Schädiger hat zwar Einfluss, jedoch kann es außerhalb seines Einflussbereiches liegen, dass ein Schaden entsteht. Dennoch ist er der Nutznießer der geschaffenen Gefahr und als solcher auch für deren Risiken verantwortlich. Zudem besteht immer noch die Möglichkeit, ein Mitverschulden des Geschädigten zu bewerten. Wenn hiergegen eingewendet wird, dass es vom Zufall abhängt, wer am Steuer sitzt und somit auch, wer haftet, wird außer Betracht gelassen, dass gerade derjenige, der am Steuer sitzt, auch die Gefahr beherrscht und seine Haftung eben nicht zufällig, sondern aufgrund der beherrschten Gefahr eingreift.

Die Gegner dieser Lösung wenden ein, dass dieser Argumentation zufolge gleichfalls kein Raum für eine vertragliche Haftungserleichterung sei.¹⁵³⁹ Dies wäre dann der Fall, wenn die strenge Haftung im Straßenverkehr generalpräventive Zwecke verfolgen würde; wenn sie also dazu diene, den Fahrer zu sorgfältigem Fahren zu veranlassen. Dies ist aber nicht der ausschlaggebende Gesichtspunkt;¹⁵⁴⁰ vielmehr geht es hier vor allem um die angemessene Risikoverteilung. Diese ist wie gesehen zulasten des Fahrers ausgestaltet. Wenn nun die Parteien nämlich privat eine andere Risikoverteilung vereinbaren, ist dies ihre Sache. Sie können auf den Schutz, den das Gesetz gewährt verzichten. Dies ändert jedoch nichts daran, dass dieser Schutz durch das Gesetz grundsätzlich gewährt wird.

Im Rahmen der Bewertung ist immer wieder eingeflossen, dass beim Bestehen eines Versicherungsschutzes keine Haftungsmilderung angenommen wurde. Da es sich beim Straßenverkehrsrecht um eine Materie handelt, die dem Pflichtversicherungsrecht un-

¹⁵³⁷ Medicus, FS Odersky, S. 589 (600); Larenz, FS Westermann, S. 299 (305); Müko/Roth § 1359 Rn. 19.

¹⁵³⁸ So sieht das aber: Döpp, NJW 1969, 1472 (1472).

¹⁵³⁹ Diederichsen, VersR 1983, Beiheft, 141 (143); Staudinger/Voppel § 1359 Rn. 22.

¹⁵⁴⁰ S.o.: S. 267 f.

terliegt, ist diese Argumentation ausnahmsweise durch den Gesetzgeber aufgrund der Aushöhlung des Trennungsprinzips gedeckt.¹⁵⁴¹

Zudem wurden keine offenkundigen Wertentscheidungen des Gesetzgebers missachtet; der Gesetzgeber hat sich sogar positiv zur Rechtsprechung des BGH geäußert.

Auch eine ökonomische Analyse spricht für die Berechtigung der Rechtsprechung: die Folgenbewertung ergibt, dass durch die Unanwendbarkeit der eigenüblichen Sorgfalt beim Führen eines Kfz die Präventivfunktion des Straßenverkehrsrechtes wieder stärker in den Vordergrund gehoben wird.

Die Lösung des BGH ist im Prinzip eine Wertentscheidung zwischen dem engen persönlichen Vertrauensverhältnis und den Gefahren des Straßenverkehrs; hierbei wurden die Gefahren als wichtiger eingestuft und das Risiko dementsprechend verteilt. Letztlich wird versucht, eine angemessene Risikoverteilung zu erreichen. Dies ist ja auch ultimatives Ziel des Haftungsrechtes. Es wird hier die durch den Gesetzgeber angeordnete Haftung für vermutetes Verschulden als wichtiger bewertet, als die – ebenso vom Gesetzgeber angeordnete – gesellschaftsrechtliche oder familiäre Bindung der Parteien. Dem Rechtsgüterschutz wird also ein höherer Stellenwert eingeräumt als der Handlungsfreiheit. Dies entspricht (wohl) dem Willen des Gesetzgebers.

Was bei der Lösung des BGH nicht wirklich zur Sprache kommt: es handelt sich hierbei nicht mehr um Auslegung. Die Wertentscheidung, die der BGH in seiner ständigen Rechtsprechung aufrechterhält, ist eine Rechtsfortbildung.

Das wird auch im Luftverkehr deutlich: nach der Auffassung des BGH kann der Maßstab der eigenüblichen Sorgfalt nämlich im Luftverkehr durchaus gelten.¹⁵⁴² Im konkreten Fall ging es nicht um die Haftung nach dem LufVG, weil dessen Voraussetzungen nicht einschlägig waren. Im Straßenverkehr sei aufgrund seiner „gewaltige[n] Ausdehnung und [der] dadurch gesteigerte[n] Gefährlichkeit“ eine Haftungsmilderung nicht anwendbar, was aber nicht auf den Luftverkehr zutrefte.¹⁵⁴³ Auch bezieht sich der BGH diesmal ausdrücklich auf die Frage, ob der Schaden versichert sei.¹⁵⁴⁴

Dies wird indes teilweise kritisiert, da zwischen Straßenverkehr und Luftverkehr kein Unterschied bestehen könne.¹⁵⁴⁵ Zwar herrsche eine geringere Dichte des Luftverkehrs, jedoch könnten selbst geringere Versehen zu einem viel größeren Schaden führen.¹⁵⁴⁶ Die Argumente gegen die Anwendung der Haftungsmilderung im Straßenverkehr müssten ebenso für den Luftverkehr gelten.¹⁵⁴⁷

Dem ist so nicht zuzustimmen; bei einem gemeinsamen Flug Privater besteht keine Pflichtversicherung, so dass der Schutz des Geschädigten nicht zentral in den Vorder-

¹⁵⁴¹ S.o.: S. 277.

¹⁵⁴² BGH JZ 1972, 88 (89).

¹⁵⁴³ BGH JZ 1972, 88 (88).

¹⁵⁴⁴ BGH JZ 1972, 88 (89).

¹⁵⁴⁵ MüKo/Ulmer/Schäfer § 708 Rn. 15.

¹⁵⁴⁶ Brandenburg, JuS 1974, 16 (19).

¹⁵⁴⁷ Brandenburg, JuS 1974, 16 (20).

grund rückt. Daher ist dem BGH insofern Recht zu geben, dass hier durch den Gesetzgeber nicht zwangsläufig dieselben Wertungen wie im Straßenverkehrsrecht getroffen wurden. Dies mag allerdings unter anderem daran liegen, dass der private Luftverkehr eine nicht so praxisrelevante Materie ist und ein möglicherweise vorliegendes Regelungsbedürfnis daher nicht erkannt wurde.

Auch der BGH bleibt dieser Linie nicht ganz treu: inzwischen wurde angenommen, dass beim Führen eines Motorbootes gleichfalls die entwickelten Grundsätze zum Straßenverkehr gelten und der § 1359 nicht anwendbar sei.¹⁵⁴⁸ Dies, da das Boot ein motorgetriebenes Fahrzeug vergleichbarer Gefährlichkeit sei, dessen Betrieb eine Lizenz erfordert.¹⁵⁴⁹ Eben diese Erwägungen treffen aber auch auf ein Flugzeug zu.

Hierin liegt das Problem der Rechtsfortbildung: wenn der Gesetzgeber schweigt, muss er eben annehmen, was die Rechtsprechung dann als Entscheidung vorschlägt. Eine klärende Norm, ob nun die eigenübliche Sorgfalt auch bei der Haftung für vermutetes Verschulden anwendbar sein soll, würde diesem Tanz ein Ende bereiten.

Diese Ausnahmelücke ließe sich gesetzgeberisch schließen, indem im StVG und in allen anderen durch den Gesetzgeber gewünschten Gesetzen eine Norm eingefügt würde, welche besagte: „Der Maßstab der eigenüblichen Sorgfalt ist auf Normen des StVG nicht anwendbar.“ Oder es könnte bei § 277 angefügt werden: „der Maßstab der eigenüblichen Sorgfalt gilt nicht bei der Haftung für vermutetes Verschulden.“

Jedoch ist die Rechtsprechung für den Straßenverkehr inzwischen gefestigt und akzeptiert, so dass dort gewohnheitsrechtliche Bindungswirkung bejaht werden kann.

[f]. Zwischenergebnis

Wenn beim ein Anspruch aufgrund einer Anspruchsgrundlage nach dem StVG entsteht, so ist der Maßstab der eigenüblichen Sorgfalt nicht anzuwenden.

[3]. andere Anspruchsgrundlagen

Jedoch können auch anderen Anspruchsgrundlagen einschlägig sein, obwohl ein Unfall im Straßenverkehr vorliegt.

Bei den Entscheidungen der Obergerichte hingegen war nämlich entweder § 1664 oder § 346 selbst Anspruchsgrundlage gewesen. Der Unterschied der Konstellationen wird schon alleine an den verschiedenen Anspruchsgrundlagen deutlich, die nicht dem Straßenverkehrsrecht, sondern dem jeweiligen Rechtsgebiet entstammen. Dies erklärt auch, warum die Entscheidungen, trotz gleicher Wertungen, unterschiedliche Ergebnisse hatten. Dennoch will der BGH alle Konstellationen gleich behandeln, wenn sie sich im Zusammenhang mit dem Straßenverkehr abspielen.

Bei § 346 ist nicht die deliktische Anspruchsgrundlage einschlägig, da der geschädigte Vertragsgegenstand zur Zeit der Schädigung im Eigentum des Schädigers stand, sondern

¹⁵⁴⁸ BGH NJW 2009, 1875 (1876).

¹⁵⁴⁹ BGH NJW 2009, 1875 (1876).

der Wertersatzanspruch des § 346 selbst.¹⁵⁵⁰ In der obergerichtlichen Rechtsprechung war die Haftungsmilderung des § 346 auch auf einen Wertersatzanspruch angewendet worden, der auf einem Unfall im Straßenverkehr beruhte.¹⁵⁵¹ Dem entgegnete der BGH obiter dictum, dass bei der Fallgruppe des § 346 die eigenübliche Sorgfalt nicht anwendbar sei.¹⁵⁵² Schließlich war auch hier der Fall gegeben gewesen, dass der Fahrer eines Kfz den Schaden am Kfz verursacht hatte. Ebenso in diesem Fall war folglich ein Pflichtversicherungsschutz gegeben. Daher ist es, trotz unterschiedlicher Anspruchsgrundlage, mit der Wertentscheidung des BGH vereinbar, dass die eigenübliche Sorgfalt hier keine Anwendung finden kann. Hiergegen spricht nicht die Wertung des § 346: der Rücktrittsberechtigte ist schutzwürdig und sollte daher mit der Sache in seinem Herrschaftsbereich verfahren können, wie es ihm beliebt. Allerdings befindet er sich bei der Teilnahme am Straßenverkehr nicht in seinem eigenen Herrschaftsbereich, sondern im öffentlichen Bereich des Straßenverkehrs.

In den Fällen der Kinderunfälle ist, wenn das Elternteil nicht Führer eines Kfz war, meist eine Verletzung der Aufsichtspflicht und damit ein Anspruch aus § 823 I gegeben.¹⁵⁵³ Für den § 1664 ist bereits festgestellt worden, dass bei der Verletzung der Aufsichtspflicht grundsätzlich die Haftungsmilderung zum Tragen kommt. Hiervon könnte aber die Gefährlichkeit des Straßenverkehrs eine Ausnahme erfordern.

Anders als in der Konstellation des § 346 ist hier jedoch keine Pflichtversicherung gegeben. Da dies bei der Auslegung der Normen berücksichtigt werden kann, spricht mehr dafür, die Haftungsmilderung auch anzuwenden, wenn kein Versicherungsschutz besteht. Zudem wird gerade in einer Versicherungspflicht die Einschätzung des Gesetzgebers, welche die Gefährlichkeit des Straßenverkehrs belegt, deutlich. Wenn hingegen diese Einschätzung der besonderen Gefahrenlage einschlägig ist, etwa weil sich ein verkehrsspezifische Gefahr verwirklicht hat, dann muss die Haftungsmilderung unanwendbar sein.

Bei den §§ 689, 2131 wurde aufgezeigt, dass ein deliktischer Anspruch nur dann gegeben ist, wenn ein Zusammenhang mit der Hauptvertragspflicht besteht. Dass der Verwahrer zusammen mit dem Auftraggeber im Auto sitzt, ist zwar unwahrscheinlich aber nicht undenkbar; genauso wie der Vor- und der Nacherbe. Jedoch besteht nicht die Möglichkeit, dass ein Zusammenhang mit der vertraglichen Hauptpflicht gegeben ist; dieser muss allerdings bestehen, damit Anwendung der Haftungsmilderung in Betracht kommt.¹⁵⁵⁴ Das wird im Straßenverkehr nicht gegeben sein, so dass eine Übertragung der Haftungserleichterung auf deliktische Ansprüche in diesem Fall ohnehin abgelehnt werden muss.

¹⁵⁵⁰ Anders wenn etwa ein Eigentumsvorbehalt vereinbart war; dann könnte die AGL des § 823 I für die Schädigung des Resteigentums in Betracht kommen.

¹⁵⁵¹ OLG Karlsruhe, NJW 2008, 925 (926).

¹⁵⁵² BGH NJW 2008, 911 (913).

¹⁵⁵³ Bzw. wenn man mit der h.M. § 1664 nicht als Anspruchsgrundlage sieht, ein Anspruch aus § 1664 selbst.

¹⁵⁵⁴ S.o.: S. 264.

jj. Endergebnis

Aufgrund der ständigen gefestigten Rechtsprechung ist bei einem Unfall im Straßenverkehr, der durch einen Kfz-Führer verursacht wurde oder sich eine spezifische Gefahr des Straßenverkehrs verwirklicht hat, der Maßstab der eigenüblichen Sorgfalt nicht anzuwenden.

kk. Zusammenfassung und Ergebnis

Im Straßenverkehr also wird eine Unanwendbarkeit der Haftungsprivilegierungen ganz überwiegend befürwortet; jedoch mit unterschiedlichen Begründungen. Wenn der Wille des historischen Gesetzgebers angeführt wird, der den Straßenverkehr noch nicht kennen konnte, so wird übersehen, dass der aktuellere Gesetzgeber sich in der Gesetzesbegründung zu § 4 LPartG nunmehr zur Rechtsprechung des BGH positiv geäußert hat. Bei der Lösung über den hypothetischen Parteiwillen besteht die Problematik, dass dieser oft konstruiert ist. Obwohl bei der Betroffenheit Dritter vielfältige Probleme auftreten, hat dies grundsätzlich nichts mit der Haftung im Innenverhältnis zu tun, auf welche sich die Haftungsmilderung bezieht. Bei einer teleologischen Reduktion schließlich besteht das Problem, dass diese keine einheitliche Lösung für den gesamten Straßenverkehr bietet, wenn auf den Zweck der Fahrt abgestellt wird. Wenn hingegen angenommen wird, dass die Haftungsmilderung nur in eigenen Angelegenheiten und daher nicht im Straßenverkehr gelte, wird übersehen, dass gerade die Fahrt eine eigene Angelegenheit sein kann. Dass hier grundsätzlich allgemeine Vorschriften zum Schutz Dritter zu beachten sind, macht keinen Unterschied. Auch ist es nicht möglich, alleine auf den hohen Rang der geschützten Rechtsgüter abzustellen, da das BGB grundsätzlich im Haftungsrecht nicht dergestalt differenziert. Das Vorhandensein eines Versicherungsschutzes schließlich kann zwar als Argument herangezogen werden, da der Gesetzgeber selbst das Trennungsprinzip durch den Direktanspruch durchbrochen hat und bei Pflichtversicherungen den Schutz des Geschädigten vor alle anderen Wertungen stellt. Jedoch kann dies als Rechtfertigungsgrund nicht ausreichen, wenn sonst keine Hinweise durch den Gesetzgeber gegeben sind. Auch generalpräventive Aspekte wie die „Gefahren des Straßenverkehrs“ überzeugen jedenfalls dann nicht, wenn man davon ausgeht, dass eine Haftungsmilderung im Innenverhältnis nicht unbedingt eine Auswirkung auf das Außenverhältnis, auf das die Generalprävention letztendlich abzielt, gegeben ist. Andererseits hat der Gesetzgeber durch die Normierung der Gefährdungshaftung und der Verschuldenshaftung im Straßenverkehr zu verstehen gegeben, dass die Gefahren des Straßenverkehrs allgemein als sehr hoch eingeschätzt werden; daher erscheint die Ansicht des BGH, der die Haftungsmilderung nicht auf den Straßenverkehr anwenden will, letztendlich im Sinne des Gesetzgebers zu sein, auch wenn dies nicht deutlich in den geschriebenen Normen zu Ausdruck kommt.

§ 7 StVG bietet bereits keinen Anknüpfungspunkt für eine Verschuldenshaftung, da es sich um einen Tatbestand der Gefährdungshaftung handelt.

§ 18 StVG hingegen ist eine Haftung für vermutetes Verschulden und damit eine Kreuzung zwischen Verschuldenshaftung und Gefährdungshaftung. Nach Wortlaut und Sy-

systematik kann der besondere Haftungsmaßstab der *diligentia quam in suis* unproblematisch auf diese Anspruchsgrundlage angewendet werden. Hiergegen spricht jedoch entscheidend die historische Auslegung, die gezeigt hat, dass der ganz überwiegende Teil von Literatur und Rechtsprechung die Anwendbarkeit ablehnt. Auch bei der Genetik des § 4 LPatG wird deutlich, dass der Gesetzgeber zumindest nichts gegen die ständige Rechtsprechung des BGH einzuwenden hat. Dieses nach Wortlaut und Systematik überraschende Ergebnis beruht auf der Tatsache, dass hier eine Ausnahmelücke festgestellt werden konnte. Das Straßenverkehrsrecht mit der Versicherungspflicht bezweckt den Schutz des Geschädigten, da die höchste Priorität der Schadensausgleich ist. Im Gegensatz hierzu bezwecken die Haftungsprivilegierungen den Schutz des Schädigers, welcher sich im privaten Rahmen oder seiner Einflussphäre ungezwungen benehmen können soll. Hier handelt es sich nicht um einen Widerspruch von Normen, sondern um einen Widerspruch von Wertungen; daher ist eine Ausnahmelücke gegeben. Dies kann durch die Rechtsprechung gefüllt werden. Die Wertentscheidung des BGH zugunsten des Geschädigten durch Nichtanwendbarkeit der Haftungsprivilegierung ist nicht zu beanstanden. Bei der Haftung gem. § 18 StVG ist daher die eigenübliche Sorgfalt nicht anwendbar. Die Unanwendbarkeit der gesetzlichen Haftungserleichterungen im Straßenverkehr ist daher als nunmehr gewohnheitsrechtliche richterliche Rechtsfortbildung zu sehen, die Geltung aufgrund der allseitigen Anerkennung beanspruchen kann.

Für andere Anspruchsgrundlagen gilt dies auch, solange das Führen eines Kfz gegeben ist. Nur dann nämlich ist nach der Konzeption des Gesetzgebers die Gefährlichkeit des Straßenverkehrs gegeben, was man an der Versicherungspflicht erkennen kann. Wenn hingegen kein Kfz geführt wird, kann die Haftungserleichterung grundsätzlich anwendbar bleiben, es sei denn, eine Gefahr des Straßenverkehrs hätte sich explizit verwirklicht.

2. Zusammenfassung

Aufgrund der vielfältigen Ansatzpunkte zur Kritik der eigenüblichen Sorgfalt und der Problematik im Straßenverkehr ist verständlich, dass geschrieben wird, dass die Vorschriften der eigenüblichen Sorgfalt weder „den rechtstatsächlichen noch den rechtspolitischen Bedürfnissen entsprechen und daß notwendige Differenzierungen am besten unter Streichung des § 708 BGB erreichbar“¹⁵⁵⁵ seien. Dennoch sind diese nicht nur beibehalten worden; vielmehr ist die eigenübliche Sorgfalt sogar in das Rücktrittsrecht aufgenommen worden.

Die Bereiche, in denen sich die Normen befinden, lassen sich einmal als familien- und gesellschaftsrechtliche Verhältnisse unterscheiden (§§ 708, 1359, 1664) und das andere mal als schuldrechtliche Verhältnisse bzw. die Vorerbschaft (§§ 346, 690, 2131).

Dementsprechend haben die Normen andersgeartete teloi.

¹⁵⁵⁵ Schmidt, Gutachten und Vorschläge Bd. III, S. 526, 527.

a. Teloi

Bei § 346 ist die Haftung gemildert, da der Rückgewährgläubiger einen Mangel verschuldet hat und daher nicht schützenswert ist, während der Rückgewährschuldner als schützenswert angesehen wird, da er die Sache in seiner eigenen Herrschaftssphäre hat und auch Eigentümer der Sache geworden ist. Ähnlich ist dies bei der Verwahrung (§ 690): der Verwahrer hat eine Sache ebenfalls in seinen eigenen Herrschaftsbereich eingegliedert. Allerdings weiß er, dass diese Sache ihm nicht gehört; jedoch hat er die Verwahrung unentgeltlich übernommen. Auch in § 2131 ist der Vorerbe Eigentümer des Erbschaftsgegenstandes und hat diesen in seiner privaten Einflussosphäre. Zwar ist seine Eingliederung des Erbschaftsgegenstandes nicht unentgeltlich; schließlich verwendet er die Erbschaft für sich. Jedoch hat er zugunsten des Vorerben zahlreiche Verwaltungspflichten. Hier ist also jeweils eine Sache in die Sphäre des Privilegierten geraten, der seinerseits schutzwürdig ist, weil er entweder unentgeltlich handelt, Verwaltungspflichten erfüllt oder nicht für die Rückabwicklung verantwortlich ist.

Bei § 708 besteht ein enges persönliches Vertrauensverhältnis. Die Gesellschafter bringen sich grundsätzlich unentgeltlich ein. Ihre Handlungen sollen sie nach der eigenüblichen Sorgfalt gestalten können, da so die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft an sich gewährleistet wird; schließlich handeln die Gesellschafter für die Gesellschaft. Auch in der Situation des § 1359 besteht ein enges persönliches Verhältnis, wobei in der Regel gleichsam enge finanzielle Verflechtungen gegeben sind. Hier soll ein ungezwungenes Verhalten im privaten Raum ermöglicht werden. Dies trifft gleichermaßen auf § 1664 zu, wobei dieser zusätzlich als Gegenstück zu den zahlreichen Pflichten der Eltern zu sehen ist. Diese Gruppe der Haftungsprivilegierungen beruht auf dem engen persönlichen und finanziellen Verhältnis; es soll eine Handlungsfreiheit im privaten Raum oder bei Ausführung von Gesellschafterhandlungen zur Erhaltung der Handlungsfähigkeit gegeben sein.

b. Anwendung

Diese Zwecke hinter den jeweiligen Vorschriften beeinflussen auch die Anwendung der jeweiligen Vorschrift.

Bei § 346 ist daher ab Kenntnis eine andere Behandlung aufgrund teleologischer Reduktion notwendig: die vom Gesetzgeber intendierte Interessenslage hat sich verändert, weil auf der Seite des Haftungsprivilegierten dessen Schutzwürdigkeit weggefallen ist, auf welcher die Privilegierung unter anderem beruht. Ab Kenntnis ist daher nicht mehr der Maßstab des § 277 anzuwenden, sondern der des § 276.

Beim Überschreiten der Geschäftsführungsbefugnis in der GbR gibt es zwei relevante Pflichtverletzungen, an die eine Schadensersatzpflicht anknüpfen kann. Die Übernahme und die Ausführung. Da die Prüfung, ob die Übernahme innerhalb der Pflichten des Gesellschafters liegt, Gesellschafterpflicht ist, ist dort § 708 anzuwenden. Bei der Ausführung hingegen ist zu unterscheiden, ob die Übernahme bereits schuldhaft war. Wenn die Übernahme schuldhaft war, handelt der Gesellschafter wissentlich nicht mehr in seinem Kompetenzbereich und ist deswegen nicht mehr schützenswert. Kann er allerdings da-

von ausgehen, in seinem Kompetenzbereich zu handeln, so handelt er weiterhin für die Gesellschaft und kann von der Anwendbarkeit der Haftungsmilderung ausgehen; diese ist daher in diesem Fall anzuwenden. Problematisch bei dieser Lösung ist, dass der zufällige Schadenseintritt durch § 280 nicht normiert wird. Nicht in § 280 geregelt ist nämlich der Fall, dass ein Gesellschafter bewusst die Entscheidung getroffen hat, die Geschäftsführungsbefugnis zu überschreiten und dies keinen Schaden nach sich gezogen hat; jedoch die Ausführung einen zufälligen Schaden verursacht hat. Da dieser Fall nicht geregelt ist, ist in diesem Fall die ähnliche Wertung des § 678 heranzuziehen. Eine Analogie zu § 680 ist auch bei der Geschäftsführung zur Gefahrenabwehr zu befürworten.

§ 1359 ist auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft anwendbar, da dort eine Gesetzeslücke besteht. Der in der Praxis häufige Fall der nichtehelichen Lebensgemeinschaft ist nicht geregelt. Hier ist die Vergleichbarkeit der Sachverhalte aufgrund der eheähnlichen Gemeinschaft mit faktisch ebenso enger Bindung gegeben. Anders ist dies jedoch bei getrennt Lebenden: dort ist das enge persönliche Verhältnis aufgehoben worden und es besteht meist keine häusliche Gemeinschaft mehr. Die Handlungsfähigkeit im privaten Raum ist also nicht mehr durch die Haftungsprivilegierung zu gewährleisten (anders die noch h.M.)

§ 1664 schließlich ist hinsichtlich einer Aufsichtspflichtverletzung anzuwenden, da es sich um eine zentrale Pflicht der Personensorge handelt. Da die Haftungserleichterung aber gerade Kompensation dieser Pflichten ist, muss sie hier auch anwendbar sein.

§ 2131 ist entgegen der ganz h.M. auf sämtliche Verwaltungspflichten des Nacherben anwendbar, weil (einzige) Anspruchsgrundlage für Schadensersatz der § 2130 ist. Bei dieser allgemeinen Anspruchsgrundlage muss die allgemeine Haftungsmilderung gelten. Zudem ist die Handlungsfähigkeit im privaten Raum nur gewahrt, wenn die Haftungsmilderung tatsächlich auf alle Pflichten anwendbar ist.

Im Deliktsrecht sind die Haftungsprivilegierungen auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit dann anzuwenden, wenn deren Zweck dies gebietet. Da die Handlungsfreiheit geschützt ist, muss eine Übertragbarkeit dann gegeben sein, wenn ein Zusammenhang zu dem jeweiligen Rechtsverhältnis gegeben ist. Für die schuldrechtlichen Normen gilt das bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit festgestellte: die Pflichtenkreise von Vertrag und Delikt überschneiden sich heute immer mehr. Aufgrund dieser Überschneidungen muss sich aber auch der Anwendungsbereich von Haftungserleichterungen verändert haben. Diese Überschneidungen von Pflichten sind in den familienrechtlichen Verhältnissen ohnehin gegeben. Einzig bei der Vorerbschaft scheint die Formulierung entgegen zu stehen. Dies ist jedoch nur scheinbar der Fall, da nur bei deliktischen Verletzungen im Zusammenhang mit Verwaltungspflichten auch ein Zusammenhang mit dem Nacherbschaftsverhältnis gegeben ist.

Im Straßenverkehr schließlich wird eine Unanwendbarkeit der Haftungsprivilegierungen ganz überwiegend befürwortet; jedoch mit unterschiedlichen Begründungen. Letztlich besteht bei § 18 StVG eine Ausnahmelücke, weil ein Widerspruch der Wertungen vorliegt: der Gesetzgeber hat im Straßenverkehrsrecht dem Schutz des Geschädigten

oberste Priorität eingeräumt, wie sich an der Ausgestaltung als Gefährdungshaftung und der Pflichtversicherung zeigt. Genau im Gegensatz dazu dienen die Haftungsprivilegierungen dem Schutz des Schädigers. Dieses Spannungsverhältnis wurde durch die Rechtsprechung anhand einer nicht zu beanstandenden Wertentscheidung zugunsten des Geschädigten im Straßenverkehr gelöst. Aus ebendiesem Grund gilt die Unanwendbarkeit der Haftungsmilderungen grundsätzlich auch bei anderen Anspruchsgrundlagen, jedenfalls soweit vom Schädiger ein Kfz geführt wird. Bei § 7 StVG als Norm der Gefährdungshaftung ist gar kein Ansatzpunkt für ein etwaiges Verschulden gegeben.

c. Ergebnis

Auf der Seite des Haftungsprivilegierten ist eine Nähe gegeben: entweder eine „Nähe der Personen“ oder eine „Nähe der Sachen“. Letzteres ist der Fall, wenn eine Sache in den eigenen Herrschaftsbereich des Privilegierten gelangt und er diese dort wie seine anderen Sachen behandeln darf (§§ 346, 690, 2131). Ersteres ist bei den persönlich geprägten Verhältnissen der Fall; hier kennen und vertrauen sich die Parteien, sie sind Teil einer Gemeinschaft (§§ 708, 1359, 1664). Der Geschädigte auf der anderen Seite hingegen erscheint nicht schutzwürdig, da er entweder den Rücktritt nicht verschuldet hat, eine unentgeltliche Leistung bekommt, den anderen Gesellschafter bzw. Ehegatten kannte, bzw. weil zahlreiche Pflichten zu seinen Gunsten bestehen (Pflichten der Eltern, Pflichten des Vorerben).

Zentrales Motiv der Haftungserleichterungen der *diligentia quam in suis* ist mithin die Handlungsfähigkeit entweder aufgrund der Eingliederung der Sache in die eigene Herrschaftssphäre oder aufgrund des Handelns auch im eigenen Bereich bei Personengruppen mit engen persönlichen und finanziellen Verflechtungen.

V. ALLGEMEINER RECHTSGEDANKE?

Nachdem in den vorangegangenen Abschnitten die Teloi der Einzelnormen ermittelt und deren Anwendungsfälle besprochen wurden, wird hieran anknüpfend nun untersucht, ob diese Vorschriften Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens des BGB sind. Hierfür werden in Ergänzung zur methodischen Einführung kurz die Voraussetzungen an einen allgemeinen Rechtsgedanken beschrieben. Im Anschluss daran wird erörtert, ob die untersuchten Regeln einen solchen tatsächlich begründen. Zudem wird für Auftrag und Gefälligkeit sowie exemplarisch für das unentgeltliche Darlehen als atypischen Vertrag eine Anwendbarkeit eines solchen allgemeinen Rechtsgedankens erörtert.

Es stellt sich die Frage: gibt es hinter diesen Haftungsmilderungen einen allgemeinen Rechtsgedanken? Wie bereits dargelegt, beruht ein allgemeiner Rechtsgedanke auf der Interpretation des Rechts als einem Sinn Ganzen.¹⁵⁵⁶ Grundlegende Wertungen ergeben sich aus dem Zusammenspiel der einzelnen Normen.¹⁵⁵⁷ Um einen allgemeinen Rechtsgedanken in der Systematik des BGB zu finden, kann man einerseits Gemeinsamkeiten verschiedener Vorschriften ableiten, andererseits durch Unterschiede Rückschlüsse ziehen.¹⁵⁵⁸ Das Mittel zur Auffindung eines solchen allgemeinen Rechtsgrundsatzes ist die Induktion, also der Schluss vom Besondern auf das Allgemeine.¹⁵⁵⁹ Problematisch hierbei ist die Entscheidung, ob es sich um einen allgemeinen Rechtsgedanken handelt oder um eine nicht rechtprinzipielle Reihe von Sondervorschriften.¹⁵⁶⁰ Es sind gesetzliche Wertungen heranzuziehen, um dies beurteilen zu können.¹⁵⁶¹

Desgleichen könne der allgemeine Rechtsgedanke auf eine „Rechtsidee“¹⁵⁶² oder die „Natur der Sache“¹⁵⁶³ zurückgeführt werden. Hierbei besteht allerdings die Gefahr, dass der Rechtsanwender seine eigenen Wertungen über die des demokratisch legitimierten Gesetzgebers stellt. Daher wird auch zugegeben, dass der Jurist dem Gesetz ein Prinzip „entnehme“, welches der Gesetzgeber niemals in das Gesetz „hingelegt“ habe.¹⁵⁶⁴ Hierzu besitzt der Rechtsanwender aber nicht die notwendige Kompetenz, weshalb dies methodisch nicht möglich ist. Daher sind bei der Ermittlung von Prinzipien ausschließlich grundlegende Normen heranzuziehen und die Wertungsgedanken des Gesetzgebers zu beachten.

¹⁵⁵⁶ Vogel, juristische Methodik, § 5 III 1b S. 77; BVerfGE 34, 269 (287).

¹⁵⁵⁷ Canaris, Lückenfeststellung, § 89, S. 97; Esser, Grundsatz und Norm, S. 147.

¹⁵⁵⁸ Rüthers/Fischer, Rechtstheorie, § 22 Rn. 756 a, S. 472.

¹⁵⁵⁹ Canaris, Lückenfeststellung, § 90, S. 97, 98.

¹⁵⁶⁰ Esser, Grundsatz und Norm, S. 161.

¹⁵⁶¹ Canaris, Lückenfeststellung, § 92, S. 99.

¹⁵⁶² Canaris, Lückenfeststellung, § 99, S. 106.

¹⁵⁶³ Neuner, Rechtsfindung, S. 77 ff.

¹⁵⁶⁴ Esser, Grundsatz und Norm, S. 174.

Mit der Normierung der Haftungserleichterungen hat der Gesetzgeber eine Wertentscheidung getroffen. Wie bereits dargelegt, gibt es bei den jeweiligen Haftungsmilderungen gemeinsame Grundgedanken, so dass sich ein System erkennen lässt.

In Literatur und Rechtsprechung wird allerdings überwiegend abgelehnt, dass sich hieraus ein allgemeiner Rechtsgedanke ableiten ließe. Erörtert wird jedoch nur die generelle Haftungserleichterung bei unentgeltlicher Tätigkeit – meist im Rahmen einer Gefälligkeit.

Das RG hatte deutlich Stellung genommen und das Bestehen einer generellen Haftungsmilderung bei Unentgeltlichkeit verneint.¹⁵⁶⁵ Auch in der neueren Rechtsprechung wird ein allgemeiner Rechtsgedanke grundsätzlich verneint und ein ausdrücklicher oder konkludenter Haftungsausschluss meist aufgrund bestehenden Versicherungsschutzes abgelehnt.¹⁵⁶⁶

In der Literatur wird dies ebenso überwiegend abgelehnt.¹⁵⁶⁷ Da das Gesetz – gerade im Deliktsrecht – eindeutig sei, könne eine Haftungsmilderung nur aufgrund von Parteivereinbarung gemildert werden.¹⁵⁶⁸ Eine Analogie zu den §§ 521, 599, 680 sei nur in Fällen echter Hilfeleistung möglich.¹⁵⁶⁹ Auch wird eine „gleitende Fahrlässigkeit“ ähnlich des Stufenmodells des BAG befürwortet; volle Haftung bei grober Fahrlässigkeit, anteilige Haftung bei leichter Fahrlässigkeit.¹⁵⁷⁰ Hierfür findet sich jedoch im Gesetz keine Stütze. Auf derartig selbstständige Wertungen darf der Gesetzesanwender aber nur zurückgreifen, wenn keine gesetzlichen Wertungen vorhanden sind. Dies ist hier indes nicht der Fall; es sind durch die verschiedenen Haftungserleichterungen sogar sehr differenzierte Vorgaben gemacht. Eine weitere Ansicht nimmt an, dass bei Unentgeltlichkeit grundsätzlich nur eine Haftung wegen Vorsatz und grober Fahrlässigkeit bzw. bei Tätigkeit im eigenen Interesse eine Haftungsmilderung auf eigenübliche Sorgfalt als Analogie zu den jeweiligen Vorschriften angenommen werden könne.¹⁵⁷¹ Ein allgemeiner Rechtsgrundsatz wird allerdings nicht ausdrücklich erwähnt.

Sowohl Literatur als auch Rechtsprechung sind also grundsätzlich dagegen, einen allgemeinen Rechtsgedanken zu sehen. In der Rechtsprechung allerdings besteht in den meisten zu entscheidenden Fallkonstellationen ein Versicherungsschutz, so dass eine Haftungsmilderung als nicht notwendig erachtet wird. Den Literaturansichten ist ihr Unbehagen bei einer uneingeschränkten Verschuldenshaftung gemeinsam. Zudem sind

¹⁵⁶⁵ RGZ 145, 390 (394).

¹⁵⁶⁶ BGH NJW 1966, 41 (42); NJW 1987, 1643 (1644); OLG Frankfurt NJW-RR 1986, 1350 (1351); OLG Celle NZV 1993, 187 (187); OLG Köln NZV 1994, 114 (114); Umgekehrt wurde mangels Versicherungsschutz eine Haftung bejaht: OLG Hamm NJW-RR 2007, 1517 (1518). Es wurde aber auch schon grundsätzlich eine Haftungsmilderung aufgrund unentgeltlicher Tätigkeit im Rahmen einer Gefälligkeit angenommen: OLG Köln OLGZ 1972, 213 (215).

¹⁵⁶⁷ Larenz, SchuldR AT Bd. I, § 31 III, S. 555; Fikentscher/Heinemann, SchuldR, § 6 3, Rn 29, S. 23; Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht § 16, Rn. 369, S. 175.

¹⁵⁶⁸ Larenz, SchuldR AT Bd. I, § 31 III, S. 555; Deutsch, Haftungsrecht, S. 395, Rn. 620.

¹⁵⁶⁹ Fikentscher/Heinemann, SchuldR, § 6 3, Rn 29, S. 23.

¹⁵⁷⁰ Deutsch, Haftungsrecht, S. 395, Rn. 619.

¹⁵⁷¹ Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht § 16, Rn. 369, S. 175.

neuerdings auch andere Stimmen zu hören, die einen allgemeinen Rechtsgedanken erkennen.¹⁵⁷²

Die Analyse der jeweiligen Haftungsmilderungen hat gezeigt, dass es sich durchaus um verallgemeinerungsfähige Vorschriften handelt. Es konnten jeweils zentrale Motive festgestellt werden. Ihre Verallgemeinerungsfähigkeit entstammt der Abstrahierbarkeit der Konstellationen. Da sich diese Normen an ganz unterschiedlichen Stellen des BGB befinden, sind sie keineswegs Einzelfallbestimmungen.

1. Gemeinsamkeiten und Unterschiede

a. Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit

Bei den Haftungsmilderungen auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit wurde als zentrales Motiv die geldwerte Leistung ohne Gegenleistung herausgearbeitet. Eine geldwerte Leistung ist nicht nur die Erlangung des Eigentums oder die Nutzungsmöglichkeit an einem Gegenstand, sondern kann auch eine Handlung sein. Diese Leistung kommt auf der Seite des anderen Vertragspartners als konkreter Vorteil an. Der Güterverschiebung steht im Haftungsrecht die Verschiebung des Haftungsrisikos spiegelbildlich gegenüber. Zusätzlich hat die Haftungsprivilegierung teilweise die Funktion, zu einem ausnahmsweise gewollten Eingriff zu ermutigen, was allerdings nur bei den §§ 680, 968 gegeben ist. Außer bei § 300 werden all diese Leistungen freiwillig erbracht.

b. Diligentia quam in suis

Bei der Haftungsprivilegierung auf die eigenübliche Sorgfalt hingegen war zentrales Motiv die Handlungsfähigkeit im privaten Bereich. Dies entweder aufgrund einer engen persönlichen und finanziellen Verbundenheit oder wegen der Eingliederung einer Sache in den eigenen Herrschaftsbereich ohne konkrete Gegenleistung. Jedoch gründen die persönlichen Beziehungen meist auf langfristig angelegten Rechtsverhältnissen, während die Fälle, in denen ein Gegenstand eingegliedert wird, meist (außer der Nacherbschaft) eine kurzfristige einzelvertragliche Beziehung ist.

c. Zusammenfassung

Bei den §§ 300, 521, 599, 680, 698 ist eine unentgeltliche aber geldwerte Leistung gegeben und bei den §§ 680, 968 liegt zusätzlich die Ermutigung eines ausnahmsweise gewollten Eingriffes in private Rechtsgüter vor. Nur bei § 300 ist ausnahmsweise eine Obliiegenheitsverletzung des anderen Teils gegeben.

Die §§ 346, 690, 2131 sollen die Handlungsfähigkeit im privaten Bereich bei Eingliederung einer Sache in den eigenen Herrschaftsbereich ohne konkrete Gegenleistung gewährleisten, während die §§ 708, 1359, 1664 die Handlungsfähigkeit im privaten Bereich bei enger persönlicher Beziehung unterstützen sollen.

¹⁵⁷² Lange/Schiemann, Schadensersatz, § 10 XVII, S. 659; Littbarski, VersR 2004, 950 (954); Gehrlein, VersR 2000, 415 (418); Schreiber, JURA 2001, 810 (812).

2. Allgemeine Rechtsgedanken

Aufgrund dieser Feststellungen lassen sich folgende allgemeine Sätze formulieren:

a. Satz 1

Wenn eine geldwerte Leistung ohne Gegenleistung im Rahmen eines Schuldverhältnisses erbracht wird, ist die Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit gemildert.

b. Satz 2

Wenn ein Eingriff in fremde Rechtsgüter aufgrund einer Gefahrensituation ausnahmsweise erwünscht ist, wird dieser durch Privilegierung der Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit unterstützt.

c. Satz 3

Wenn die Eingliederung einer Sache in den privaten Herrschaftsbereich ohne konkrete Gegenleistung gegeben ist, so mildert sich die Haftung auf eigenübliche Sorgfalt.

d. Satz 4

Wenn eine enge persönliche und finanzielle Verflechtung von einiger Dauer und Verbindlichkeit gegeben ist, so ist der Haftungsmaßstab der eigenüblichen Sorgfalt anzuwenden.

3. Anwendbarkeit auf andere Rechtsverhältnisse

Fräglich ist nun, ob diese Sätze auf andere Rechtsverhältnisse anwendbar sind.

Ein allgemeiner Rechtsgedanke kann dann zum Tragen kommen, wenn eine Regelungslücke gegeben ist. Eine Regelungslücke ist die unbefriedigende Unvollständigkeit innerhalb eines Ganzen.¹⁵⁷³ Es muss zum einen die Unvollständigkeit und zum anderen das Werturteil, dass eigentlich eine Vollständigkeit gegeben sein sollte, gegeben sein.¹⁵⁷⁴ Dann nämlich gibt es keine ausdrückliche Regel des Gesetzgebers, wie ein dergestalter Fall zu behandeln ist. Eine Lückenschließung kann durch einen allgemeinen Rechtsgedanken erfolgen, da dieser auf wesentlichen Grundentscheidungen des Gesetzgebers beruht.

a. Auftrag

Im Auftragsrecht der §§ 662 ff. besteht keine gesetzlich angeordnete Haftungsmilderung. Hier ist aber umstritten, ob nicht eine solche analog angewendet werden sollte, wobei die ganz h.M. davon ausgeht, dass eine solche nicht möglich sein soll.¹⁵⁷⁵

¹⁵⁷³ Engisch, Einführung, S. 178; Canaris, Lückenfeststellung, § 3, S. 16; Rütters/Fischer, Rechtstheorie, § 23 Rn. 832, S. 527.

¹⁵⁷⁴ Canaris, Lückenfeststellung, § 3, S. 16. S.o.: S. 29.

¹⁵⁷⁵ MüKo/Seiler § 662 Rn. 55; Staudinger/Martinek § 662 Rn. 42; Bamberger/Roth/Czub § 662 Rn. 14; Soergel/Beuthien § 662 Rn. 16; Larenz, SchuldR BT Bd. II 1, § 56 III, S. 418, 419; Looschelders, SchuldR BT

Der unentgeltliche Auftrag findet seinen Ursprung im römischen Recht, wo es unentgeltliche höhere und niedere Dienste gab.¹⁵⁷⁶ Die niederen Dienste wurden von Sklaven verrichtet.¹⁵⁷⁷ Die höheren Dienste waren unentgeltlich, da man das Selbstverständnis hatte, es sei würdelos, für Geld zu arbeiten und dass die Auftragsbefriedigung einer sittlichen Pflicht entspreche, der auch der jetzt Begünstigte ohne Zaudern im Gegenzug nachkommen werde.¹⁵⁷⁸ Eine finanzielle Gegenleistung war jedoch nicht grundsätzlich ausgeschlossen, als sichtbares Zeichen der Dankbarkeit etwa.¹⁵⁷⁹ Dieser Grundsatz blieb auch weiterhin bestehen, wobei in hoch – und nachklassischer Zeit ein Honorar eher üblich war, da sich die Dienste zu Berufen entwickelt hatten.¹⁵⁸⁰ Ähnlich verhielt es sich auch im gemeinen Recht.¹⁵⁸¹

Hinsichtlich der Haftung hielt man sich für das BGB in den Motiven an das zuvor überwiegend geltende Recht – anders nur das preußische Allgemeine Landrecht, welches eine Haftung des Mandatars für die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten vorsah.¹⁵⁸² Maßgeblicher Grund für diese umfassende Haftung wurde auf Seiten des Auftraggebers in dem von ihm bewiesenen Vertrauen und auf Seiten des Auftragnehmers in der Übernahme eines fremden Geschäfts gesehen.¹⁵⁸³ Die zweite Kommission hatte erwogen, ob die Regelung der unentgeltlichen Verwahrung dem angepasst werden müsse, da Auftrag und Verwahrung sich vielfach berührten.¹⁵⁸⁴ Dies wurde jedoch abgelehnt, da der Beauftragte sich zu einer Tätigkeit verpflichtete, während der Verwahrer die Sache nur in Obhut nehmen müsse.¹⁵⁸⁵

In der Literatur wurde früher bei ausschließlichem Fremdnutzen gar kein Auftrag angenommen, weil dann keine „bindende Pflicht“ gewollt sei.¹⁵⁸⁶ Hierdurch wird sogar die Freistellung von der gesamten vertraglichen Haftung durch mangelnden Rechtsbindungswillen erreicht. An anderer Stelle wird bei der Haftung des Beauftragten keine Haftungsmilderung diskutiert, sondern auf die allgemeine Regel des § 276 hingewiesen.¹⁵⁸⁷ Dennoch wird dort das Verhältnis von unentgeltlichem Auftrag zu Dienst – und Werkvertrag einerseits bzw. entgeltlicher Geschäftsbesorgung andererseits als kritisch eingestuft: der unentgeltliche Dienstvertrag sei überhaupt nicht geregelt.¹⁵⁸⁸ Dies hat zur Fol-

§ 37, Rn. 809, S. 268; Schellhammer, SchuldR nach AGL, Rn. 588, S. 320; Beyerle, Treuhand, S. 23; Motive zum BGB, Bd. II, S. 530, 531.

¹⁵⁷⁶ Staudinger/Martinek Vorbem. §§ 662 ff. Rn. 3.

¹⁵⁷⁷ Erman/Ehmann Vor § 662 Rn. 9 (12. Aufl.).

¹⁵⁷⁸ Staudinger/Martinek Vorbem. §§ 662 ff. Rn. 3, 4.

¹⁵⁷⁹ Staudinger/Martinek Vorbem. §§ 662 ff. Rn. 4.

¹⁵⁸⁰ Staudinger/Martinek Vorbem. §§ 662 ff. Rn. 4.

¹⁵⁸¹ Staudinger/Martinek Vorbem. §§ 662 ff. Rn. 5.

¹⁵⁸² Motive zum BGB, Bd. II, S. 531.

¹⁵⁸³ Motive zum BGB, Bd. II, S. 531.

¹⁵⁸⁴ Protokolle der zweiten Kommission, Bd. II, S. 393.

¹⁵⁸⁵ Protokolle der zweiten Kommission, Bd. II, S. 393.

¹⁵⁸⁶ Enneccerus, Bürgerliches Recht, Bd I 2, (1914), § 380, S. 466; (1927), § 380, S. 487.

¹⁵⁸⁷ Oertmann, Recht der SV, Auftrag Vorbem. S. 694.

¹⁵⁸⁸ Oertmann, Recht der SV, Auftrag Vorbem. S. 691.

ge, dass der Auftrag nur unentgeltliche Form des Geschäftsbesorgungsvertrages ist und somit eine Unterscheidung zwischen diesen Rechtsverhältnissen grundsätzlich gegeben war.

Das Auftragsrecht hat auch heute noch eine große Bedeutung.¹⁵⁸⁹ Der Auftrag wird als „Vertrag, durch den jemand für einen andern unentgeltlich ein Geschäft besorgt“ definiert.¹⁵⁹⁰ Als wesentliche Merkmale des Auftrages werden die Unentgeltlichkeit, die Fremdnützigkeit und die Selbstständigkeit,¹⁵⁹¹ sowie der Vertrauenscharakter gesehen.¹⁵⁹² Die relevante Tätigkeit kann jede Tätigkeit egal welcher Art¹⁵⁹³ sein, wobei ein positives Tun erforderlich ist.¹⁵⁹⁴

Für die Haftung in den §§ 662 ff. gibt es nur die ausdrückliche Regelung in § 664 I 2,3, wonach eine Möglichkeit der Befreiung von der Haftung aus § 278 vorgesehen ist.¹⁵⁹⁵ Die Haftung des Auftraggebers bemisst sich nach § 670, also eine Haftung für Vorsatz und Fahrlässigkeit¹⁵⁹⁶ und nach h.M. sogar für zufällige Schäden, soweit diese tätigkeitsspezifisch sind.¹⁵⁹⁷ Die Haftung des Beauftragten richtet sich mangels spezialgesetzlicher Regelung im Auftragsrecht nach den allgemeinen Vorschriften (§§ 280 ff.), so jedenfalls die herrschende Meinung.¹⁵⁹⁸

aa. Pro Haftungsmilderung

Für eine Haftungsmilderung im Auftragsrecht spreche jedoch, dass bei anderen unentgeltlichen Verträgen, wie der unentgeltlichen Verwahrung, der Schenkung oder der Leihe eine Haftungsmilderung vorgesehen sei.¹⁵⁹⁹ Einen konkludenten Haftungsausschluss zu konstruieren, wie der BGH, sei nicht befriedigend; eine Haftungsmilderung sei dann anzunehmen, wenn dem Auftrag der Treuhandcharakter fehle.¹⁶⁰⁰ Auch wird eine generelle Haftungsmilderung nach dem Maßstab der *diligentia quam in suis* befürwortet.¹⁶⁰¹

¹⁵⁸⁹ Geschäftsbesorgungstatbestände (entgeltliche und unentgeltliche) machten 2006: 69,1 % des BIP aus (Erman/Ehmann Vor § 662 Rn. 1 (12. Aufl.)).

¹⁵⁹⁰ MüKo/Seiler § 662 Rn 1.

¹⁵⁹¹ MüKo/Seiler § 662 Rn 5, 9, 21.

¹⁵⁹² Soergel/Beuthien Vor § 662 Rn. 8.

¹⁵⁹³ MüKo/Seiler § 662 Rn 16.

¹⁵⁹⁴ MüKo/Seiler § 662 Rn 19.

¹⁵⁹⁵ Koller, ZIP 1985, 1243 (1243).

¹⁵⁹⁶ MüKo/Seiler § 662 Rn 52.

¹⁵⁹⁷ Hierbei ist man sich grundsätzlich einig; MüKo/Seiler § 670 Rn. 14; Staudinger/Martinek § 670 Rn. 24; Erman/Berger § 670 Rn. 18; Soergel/Beuthien § 670 Rn. 17 (m.w.N.); BGH VersR 1957, 388 (390); BGH NJW 1969, 1665 (1666); BGH NJW 1993, 2234 (2235). Streitig ist allerdings die rechtsdogmatische Begründung. (hierzu ausführlich Staudinger/Martinek § 670 Rn. 17 ff.).

¹⁵⁹⁸ Staudinger/Martinek § 662 Rn. 42; MüKo/Seiler § 662 Rn 5; Bamberger/Roth/Czub § 662 Rn. 14; Soergel/Beuthien § 662 Rn. 16; Schellhammer, SchuldR nach AGL, Rn. 588, S. 320; Looschelders, SchuldR BT § 37, Rn. 809, S. 286; BGHZ 30, 40 (47).

¹⁵⁹⁹ Erman/Berger § 662 Rn. 24; Esser/Weyers, SchuldR Bd II BT 1, § 35 III 4, S. 317; Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, § 16 I 2 a), Rn. 369, S. 165, 166.

¹⁶⁰⁰ Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, § 16 I 2 a), Rn. 369, S. 165, 166.

¹⁶⁰¹ Esser/Weyers, SchuldR Bd II BT 1, § 35 III 4, S. 317.

Eine Haftungsmilderung anzunehmen, sei daher so „überzeugungskräftig“, dass sich diese auch gegen den Willen des Gesetzgebers durchsetzen müsse.¹⁶⁰²

bb. Kontra Haftungsmilderung

Gegen die Annahme einer generellen Haftungsmilderung spreche jedoch das zwischen den Parteien bestehende besondere Vertrauensverhältnis, welches eher für eine verschärfte, denn für eine gemilderte Haftung spreche.¹⁶⁰³ Der Auftraggeber solle auf die Sorgfalt des Beauftragten, welcher Einfluss auf die Angelegenheiten des Auftraggebers habe, vertrauen können.¹⁶⁰⁴ Die wirtschaftlichen Folgen der Tätigkeit des Beauftragten treffen schließlich den Auftraggeber.¹⁶⁰⁵ Wenn sich der, der sich dazu verpflichte, im fremden Interesse tätig zu werden auf eine Haftungsmilderung berufe, sei hierin ein *venire contra factum proprium* zu sehen.¹⁶⁰⁶

Da der Vertragsinhalt „normarm und elastisch“ sei, könne aufgrund der unterschiedlichen Erscheinungsformen nur der strenge Sorgfaltsmaßstab maßgeblich sein.¹⁶⁰⁷ Zudem wird angeführt, es mangle schon an den Voraussetzungen für eine Analogie¹⁶⁰⁸, dass das Gesetz lückenlos klar sei.¹⁶⁰⁹ Die Haftung des Testamentsvollstreckers und des Vormundes sei trotz der Unentgeltlichkeit der Tätigkeit nicht gemildert (§§ 1833, 2219).¹⁶¹⁰ Die Unentgeltlichkeit alleine könne eine Haftungsmilderung nicht rechtfertigen.¹⁶¹¹

Gegen eine Haftungsmilderung nach arbeitsrechtlichen Grundsätzen wird angeführt, dass der Unterschied zwischen dem unentgeltlich Beauftragten und dem entgeltlichen Arbeitnehmer keine Analogie zulasse, da die mildere Haftung des Arbeitnehmers vor allem mit dem Betriebsrisiko des Arbeitsgebers und der Mitverursachung des Arbeitnehmers gem. § 254 begründet werde.¹⁶¹²

Aus den Gesetzgebungsmaterialien ergibt sich, dass eine mildere Haftung nicht gewollt war.¹⁶¹³ Bei den Beratungen zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz wurde auf die Diskussion nicht eingegangen.¹⁶¹⁴

¹⁶⁰² Erman/Ehmann § 662 Rn. 21 (12. Aufl.).

¹⁶⁰³ Staudinger/Martinek § 662 Rn. 42; MüKo/Seiler § 662 Rn. 55.

¹⁶⁰⁴ Looschelders, SchuldR BT § 37, Rn. 809, S. 268.

¹⁶⁰⁵ Bamberger/Roth/Czub § 662 Rn. 14.

¹⁶⁰⁶ Staudinger/Martinek § 662 Rn. 42.

¹⁶⁰⁷ Beyerle, Treuhand, S. 23.

¹⁶⁰⁸ Staudinger/Martinek § 662 Rn. 42.

¹⁶⁰⁹ Schellhammer, SchuldR nach AGL, Rn. 588, S. 320.

¹⁶¹⁰ MüKo/Seiler § 662 Rn. 55.

¹⁶¹¹ Bamberger/Roth/Czub § 662 Rn. 14.

¹⁶¹² Staudinger/Martinek § 662 Rn. 43; Soergel/Beuthien § 662 Rn. 16.

¹⁶¹³ Motive zum BGB, Bd. II, S. 530, 531.

¹⁶¹⁴ Bamberger/Roth/Czub § 662 Rn. 14 bezieht sich auf BT Drucksache 14/6040, S. 131, 132, die die Neufassung von § 276 begründen, ohne auf den Auftrag einzugehen. Auch im weiteren Verlauf wird der Auftrag nicht erwähnt: BT Drucksache 14/6040, S. 209.

Trotz dieses Grundsatzes der ungemilderten Haftung ist man der Ansicht, dass im Einzelfall eine unbeschränkte Haftung unangemessen sei,¹⁶¹⁵ weil die Nähe zur Gefälligkeit oft gegeben sei.¹⁶¹⁶ Hier könne durch ergänzende Vertragsauslegung,¹⁶¹⁷ durch ausdrückliche oder konkludente Haftungsmodifizierungen¹⁶¹⁸ oder durch die Anwendung von § 254 analog abgeholfen werden.¹⁶¹⁹ Eine solche vertragliche Haftungsmodifizierung komme vor allem dann in Betracht, wenn der Auftrag im ausschließlichen Interesse des Auftraggebers läge.¹⁶²⁰ Eine Ausnahme von der strengen Haftung wird zumindest dann einhellig befürwortet, wenn die Abwendung einer dringenden Gefahr gegeben ist, wo dann § 680 analog anzuwenden sei.¹⁶²¹

cc. Würdigung

Um eine Haftungsmodifizierung analog auf das Auftragsrecht übertragen zu können, bedarf es der Regelungslücke und der Vergleichbarkeit der Sachverhalte.¹⁶²²

[1]. Regelungslücke

In den Vorschriften des Auftragsrechtes gibt es eine Norm, die sich mit der Haftung ausdrücklich befasst (§ 664 I 2,3); dies spricht dafür, dass an die Haftung gedacht wurde, diese also nicht versehentlich ungeregt blieb.¹⁶²³

In den Gesetzgebungsmaterialien wurde sich sogar ausdrücklich gegen die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten als Haftungsmaßstab entschieden.¹⁶²⁴ Als maßgebliche Erwägung hierfür wurde das vom Auftraggeber bewiesene Vertrauen und die Bereitschaft des Beauftragten, ein fremdes Geschäft zu übernehmen, bezeichnet.¹⁶²⁵ In Abgrenzung zur Verwahrung – wo die Haftungsmodifizierung übernommen wurde – sei die Tätigkeit des Beauftragten aktiv, während die des Verwahrers lediglich passiv sei.¹⁶²⁶ So wurde ein unterschiedlicher Haftungsmaßstab gerechtfertigt. Aufgrund der eindeutigen Äußerungen der Materialien kommt man zu dem Schluss, dass die umfassende Haftung im Auftragsrecht durch den Gesetzgeber tatsächlich so beabsichtigt war.

¹⁶¹⁵ MüKo/Seiler § 662 Rn 56; Looschelders, SchuldR BT § 37, Rn. 809, S. 268; Bamberger/Roth/Czub § 662 Rn. 14.

¹⁶¹⁶ Soergel/Beuthien § 662 Rn. 16.

¹⁶¹⁷ MüKo/Seiler § 662 Rn 56.

¹⁶¹⁸ Soergel/Beuthien § 662 Rn. 17; Schellhammer, SchuldR nach AGL, Rn. 588, S. 320; Looschelders, SchuldR BT § 37, Rn. 809, S. 268.

¹⁶¹⁹ Larenz, SchuldR BT Bd. II 1, § 56 III, S. 418, 419.

¹⁶²⁰ Soergel/Beuthien § 662 Rn. 17.

¹⁶²¹ Staudinger/Martinek § 662 Rn. 43; MüKo/Seiler § 680 Rn. 7; Looschelders, SchuldR BT § 37, Rn. 810, S. 268.

¹⁶²² S.o.: S. 29.

¹⁶²³ So auch: Koller, ZIP 1985, 1243 (1243).

¹⁶²⁴ Motive zum BGB, Bd. II, S. 531.

¹⁶²⁵ Motive zum BGB, Bd. II, S. 531.

¹⁶²⁶ Protokolle der zweiten Kommission, Bd. II, S. 393.

Andererseits hat sich der Auftrag als unentgeltliches Pendant parallel zum Dienst – und Werkvertrag entwickelt, was auch in der Gesetzgebung des BGB berücksichtigt worden war.¹⁶²⁷ Da bei Schenkung, Leihe und unentgeltlicher Verwahrung die Gegenleistungslosigkeit ein wesentlicher Aspekt für das Bestehen einer Haftungsmilderung ist, stellt es möglicherweise einen Systembruch dar, wenn dies im Auftragsrecht nicht der Fall ist. Um dies auszuschließen, muss man sich vergegenwärtigen, was für eine Art von Vertrag der Auftrag genau ist.

[a]. Unentgeltlicher Dienst – und Werkvertrag

In der Diskussion um das BGB wurde vor allem das Merkmal der Unentgeltlichkeit des Auftrages diskutiert.¹⁶²⁸ Die Unentgeltlichkeit wurde nämlich früher (im römischen und gemeinen Recht) als Abgrenzung zwischen Dienstvertrag und Auftrag herangezogen;¹⁶²⁹ diese Abgrenzungsfunktion verlor sich jedoch, nachdem die Entgeltlichkeit immer selbstverständlicher wurde.¹⁶³⁰ Bei den Besprechungen zum BGB konnte nach Ansicht der ersten Kommission ein Vertrag bald Mandat, bald Dienstvertrag sein.¹⁶³¹ Erst durch die zweite Kommission wurde die Unentgeltlichkeit aufgenommen.¹⁶³² Durch diese Entwicklung wird die Stellung als unentgeltliches Gegenstück zum Dienst – bzw. Werkvertrag¹⁶³³ deutlich. Aufgrund des Merkmales der Unentgeltlichkeit handelt es sich aber nicht um einen synallagmatischen Vertrag, sondern um einen unvollkommen zweiseitigen Vertrag¹⁶³⁴ wie die Leihe. Allerdings bestehen im Vergleich zu anderen Vertragstypen und ihren unentgeltlichen Gegenständen (beispielsweise Kauf und Schenkung oder Miete und Leihe) größere Unterschiede in der Ausgestaltung.¹⁶³⁵

[b]. Treuhand

Diese Unterschiede bestehen vor allem darin, dass dem Auftrag nach h.M. auch eine Nähe zur Treuhand innewohnt.¹⁶³⁶

Verträge können nach ihrer Interessensausrichtung in drei Grundtypen unterteilt werden: in Synallagma, Gesamthand und Treuhand.¹⁶³⁷ Während beim Synallagma gegenläufig-eigennützige Belange im Vordergrund stehen (Beispiel Kauf¹⁶³⁸), dominieren bei

¹⁶²⁷ Amann, Abgrenzung und Anwendungsbereich, S. 156.

¹⁶²⁸ Amann, Abgrenzung und Anwendungsbereich, S. 46.

¹⁶²⁹ Amann, Abgrenzung und Anwendungsbereich, S. 47.

¹⁶³⁰ Amann, Abgrenzung und Anwendungsbereich, S. 48.

¹⁶³¹ Motive zum BGB, Bd. II, S. 527.

¹⁶³² Protokolle der zweiten Kommission, Bd. II, S. 352.

¹⁶³³ Schwab/Löhnig, Einführung in das Zivilrecht, Rn. 424, S. 192; Medicus/Lorenz, SchuldR II BT, § 112 I 2, Rn. 849, S. 278.

¹⁶³⁴ Medicus/Lorenz, SchuldR II BT, § 112 I 2, Rn. 849, S. 278.

¹⁶³⁵ Löhnig, Treuhand, S. 141; Schwab/Löhnig, Einführung in das Zivilrecht, Rn. 424, S. 192.

¹⁶³⁶ Schwab/Löhnig, Einführung in das Zivilrecht, Rn. 424, S. 192.

¹⁶³⁷ Beyerle, Treuhand, S. 17.

¹⁶³⁸ Staudinger/Martinek Vorbem. §§ 662 ff. Rn. 24.

der Gesamthand gleichläufig-eigennützige Interessen (Beispiel Gesellschaft¹⁶³⁹).¹⁶⁴⁰ Bei der Treuhand hingegen steht die uneigennützige Belangwahrung im Vordergrund.¹⁶⁴¹ Dies kann auch beim Auftrag der Fall sein; der Beauftragte ist am Erfolg seines Handelns nicht unmittelbar beteiligt; er handelt für den Auftraggeber, welchem das Resultat des Handelns zusteht.¹⁶⁴² Das Mandat, welches sich von manus (lat.: Hand) ableiten lässt, kann im Bild der treuen Hände versinnbildlicht werden.¹⁶⁴³

[c]. Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist also festzustellen, dass der Auftrag eine unentgeltliche Form des Dienst – und Werkvertrages einerseits, und die unentgeltliche Form der Treuhand andererseits sein kann.¹⁶⁴⁴ Diese Zwitter-Stellung des Auftrages erklärt, dass es trotz des klaren Willens des Gesetzgebers einen Streit um die Anwendung einer Haftungsmilderung gibt. Bei anderen entgeltlichen Verträgen bestehen bei den unentgeltlichen Gegenständen jeweils Haftungsmilderungen zugunsten des unentgeltlich Tätigen. So bei Kauf und Schenkung, bei Miete und Leihe. Bei der Treuhand hingegen steht der Vertrauenscharakter im Vordergrund, was gegen eine Haftungsmilderung spricht.

Dies nun ist genau das Spannungsverhältnis, um das sich die Diskussion dreht. Fraglich ist nun, wie sich die dienst – oder werkvertraglichen Elemente bzw. die Treuhandelemente auswirken.

[d]. Auswirkung der Elemente von Dienst – und Werkvertrag bzw. Treuhand

Der Begriff der „Treuhand“ wird im Gesetz selbst nicht verwendet. Die Grundform dieses Vertrages jedoch ist die entgeltliche Geschäftsbesorgung gem. § 675.¹⁶⁴⁵ Die Geschäftsbesorgung ist nach h.M. eine entgeltliche, selbstständige, wirtschaftliche Tätigkeit im Interesse und für die Rechnung eines anderen.¹⁶⁴⁶ Der entgeltliche Geschäftsbesorgungsvertrag richtet sich sowohl nach dem Auftragsrecht als auch dem Dienst – und Werkvertragsrecht.¹⁶⁴⁷ Die Ansprüche aus dem gegenseitigen Vertrag entstammen dem Dienst – und Werkvertragsrecht, während die Ansprüche, die dem Auftragsrecht entnommen werden, nur Abwicklungsansprüche sind (Auskunft, Ersatz von Aufwendungen).¹⁶⁴⁸ Ob nun allerdings der Auftrag weiter ist (so die Trennungstheorie) oder die Geschäftsbesorgung weiter ist (so die Einheitstheorie), ist umstritten.¹⁶⁴⁹ Die inzwischen wohl h.M. geht davon aus, dass der Geschäftsbesorgungsvertrag enger als der Auftrag zu verstehen

¹⁶³⁹ Staudinger/Martinek Vorbem. §§ 662 ff. Rn. 25.

¹⁶⁴⁰ Beyerle, Treuhand, S. 17.

¹⁶⁴¹ Beyerle, Treuhand, S. 18.

¹⁶⁴² Staudinger/Martinek Vorbem. §§ 662 ff. Rn. 26.

¹⁶⁴³ Henssler, AcP 196 (1996), 37 (37); Behrends, FS Waldstein, S. 33.

¹⁶⁴⁴ Löhnig, Treuhand, S. 142.

¹⁶⁴⁵ Löhnig, Treuhand, S. 135.

¹⁶⁴⁶ Schellhammer, SchuldR nach AGL, Rn. 590, S. 321; so zumindest die h.M.

¹⁶⁴⁷ Schellhammer, SchuldR nach AGL, Rn. 591, S. 322.

¹⁶⁴⁸ Schellhammer, SchuldR nach AGL, Rn. 591, S. 322.

¹⁶⁴⁹ Siehe hierzu: Staudinger/Martinek Vorbem zu §§ 662 ff. Rn. 9 ff.

ist.¹⁶⁵⁰ Anderer Ansicht nach ist die Geschäftsbesorgung ein „selbstständiges Handeln im Interesse eines anderen in dessen Interessenssphäre“.¹⁶⁵¹ Am überzeugendsten ist es, mit der letztgenannten Ansicht anzuerkennen, dass hier eine Dreieckskonstellation vorliegt, welche nicht ohne Konflikte zwischen Wortlaut und Systematik eingeordnet werden kann.¹⁶⁵² Schließlich sind Dienst – und Werkvertrag entgeltliche Leistungsaustauschverträge während die Geschäftsbesorgung einen entgeltlichen Treuhandvertrag darstellt. Andererseits ist der Auftrag als unentgeltliche Form dieser beiden unterschiedlichen Typen normiert.

Bei den entgeltlichen Rechtsgeschäften wird also zwischen Dienst – und Werkvertrag einerseits und entgeltlicher Geschäftsbesorgung andererseits unterschieden. Bei den unentgeltlichen Rechtsgeschäften hingegen wird eine solche Differenzierung nicht vorgenommen. Die Haftungserleichterung wird durch den Gesetzgeber ausdrücklich aufgrund des Treuhandcharakters des Auftrages abgelehnt.¹⁶⁵³ Dies ist aber nicht der einzige Aspekt des Auftragsrechts; schließlich bezieht sich der Gesetzgeber ausdrücklich auch bei Dienst – und Werkvertrag auf den Auftrag. Daher liegt doch eine unbewusste Lücke für den Fall vor, dass ein Auftrag mehr dem Dienst – und Werkvertrag ähnelt als der Geschäftsbesorgung. Eine Regelungslücke liegt also vor, wenn der Auftrag keinen treuhänderischen Charakter hat. In diesen Fällen – aber auch nur in diesen – kommt die Anwendung eines allgemeinen Rechtsgedankens zur Lückenschließung in Betracht.

Fraglich ist daher nun, ob es eine Vergleichbarkeit der Sachverhalte, insbesondere der Interessenslagen gibt.

[2]. Vergleichbarkeit der Sachverhalte

Diese innere Systematik des BGB könnte eine Haftungsmilderung aufgrund eines allgemeinen Rechtsgedankens vorgeben. Es kommt Satz 1 in Frage: wenn das unentgeltliche Pendant zu einem Dienst – oder Werkvertrag gegeben ist, nicht jedoch ein Treuhandverhältnis, könnte der Verlust eines vermögenswerten Gutes ohne Gegenleistung vorliegen. Fraglich ist nun, ob die Auftragsleistung als solche ein geldwertes Gut darstellen kann.

Beim Auftrag ist ein Verlust einer Arbeitsleistung oder einer Leistungshandlung gegeben. Problematisch ist, ob diese Arbeitsleistung hier ein solches „vermögenswertes Gut“ darstellt. Es muss also geklärt werden, ob es einen Unterschied macht, dass bei den anderen Rechtsgeschäften mit Haftungsmilderung ein Gegenstand weggegeben wird, bei dem Auftrag jedoch eine Handlung geleistet wird. Bei den anderen Haftungsmilderungen, die eine Handlung als Vertragsgegenstand haben, ist nämlich noch eine zusätzliche Voraus-

¹⁶⁵⁰ Staudiger/Martinek Vorbem zu §§ 662 ff. Rn. 17; Erman/Berger § 675 Rn. 5; Medicus/Lorenz, SchuldR II BT, § 113 I, Rn. 883, S. 287; Larenz, SchuldR BT Bd. II 1, § 56 V, S. 421; Looschelders, SchuldR BT § 38, Rn. 821, S. 271; BGHZ 45, 223, (229, 230). a.A. noch Erman/Ehmann § Vor § 662 Rn. 91 (12. Aufl.).

¹⁶⁵¹ Löhnig, Treuhand, S. 146.

¹⁶⁵² Löhnig, Treuhand, S. 141.

¹⁶⁵³ Motive zum BGB, Bd. II, S. 531: „Maßgebend ist der Gesichtspunkt einerseits des vom Auftraggeber dem Beauftragten bewiesenen Vertrauens und auf Seite des letzteren, daß er ein fremdes Geschäft übernommen hat“.

setzung gegeben: bei § 300 liegt eine Obliegenheitsverletzung des anderen Teils vor, und bei den §§ 680, 968 soll zu einem erwünschten Eingriff ermutigt werden.

Wenn hingegen ein Gegenstand involviert ist, wie bei der Schenkung, ist keine zusätzliche Voraussetzung gegeben. Hier ist allerdings unzweifelhaft eine dauerhafte Vermögensminderung gegeben. Dies ist beim Auftrag schwierig; Zeit oder know-how ist – im juristischen Sinne – nicht gleich Geld. Fraglich ist, ob daher die Leistungshandlung des Auftrages anders zu beurteilen ist als die Leistungshandlung der Schenkung beispielsweise. Es ist also zu klären, ob eine Arbeitsleistung oder der Verzicht auf Freizeit ein solcher „freiwilliger Verlust eines vermögenswerten Gutes ohne Gegenleistung“ ist, wie er bei den Rechtsgeschäften mit Haftungserleichterung gegeben war. Zu ermitteln ist daher, wie Arbeitskraft und Freizeit im Zivilrecht zu sehen sind.

Im Schadensrecht wird dann Schadensersatz gewährt, wenn ein vermögenswertes Gut gem. § 249 beeinträchtigt wurde;¹⁶⁵⁴ oder ein immaterielles Gut unter den Voraussetzungen des § 253. Ein vermögenswertes Gut ist die Arbeitskraft nach h.M. jedoch nicht.¹⁶⁵⁵ Menschliche Verhaltensmöglichkeiten seien keine geldwerten Wirtschaftsgüter.¹⁶⁵⁶ Erforderlich sei vielmehr ein konkreter Verdienstausschlag.¹⁶⁵⁷ So wird dies auch von der Rechtsprechung gesehen, indem in einem Zeitaufwand kein Schaden gesehen wird.¹⁶⁵⁸ Anders ist dies nur in § 651 f; dort kann vertane Urlaubszeit als Schaden gem. § 253 geltend gemacht werden; hieraus wird aber im Umkehrschluss gefolgert, dass das Gesetz mit der Normierung dieses Einzelfalles sich grundsätzlich gegen die Freizeit als vermögenswertes Gut ausspricht.¹⁶⁵⁹

Unumstritten ist dies freilich nicht: nach der Kommerzialisierungsthese kommt es darauf an, ob eine in Geld bemessbare Einbuße vorliegt, also ob für die besagte Leistung ein Markt besteht.¹⁶⁶⁰ Daher wird teilweise auch befürwortet, dass Arbeitskraft kommerzialisierbar ist.¹⁶⁶¹ Schließlich frage bei der Eigentumsvermutung auch niemand, ob überhaupt beabsichtigt werde, dieses Eigentum zu veräußern.¹⁶⁶² Auch eine Sache habe einen objektiven Marktwert, egal ob sie benutzt oder verkauft werde; dies müsse ebenso für die Arbeitskraft gelten.¹⁶⁶³ Da die Arbeitskraft unmittelbarer Produktionsfaktor sei, sei ein

¹⁶⁵⁴ MüKo/Oetker § 249 Rn. 16.

¹⁶⁵⁵ Soergel/Mertens § 249 Rn. 133; MüKo/Oetker § 249 Rn. 88; Palandt/Grüneberg § 249 Rn. 65; BGHZ 54, 45 (50); 90, 334 (336).

¹⁶⁵⁶ MüKo/Oetker § 249 Rn. 88; Soergel/Mertens § 249 Rn. 133.

¹⁶⁵⁷ Palandt/Grüneberg § 249 Rn. 65.

¹⁶⁵⁸ BGHZ 66, 112, (114); 75, 230 (231); 106, 28 (31 f).

¹⁶⁵⁹ MüKo/Oetker § 249 Rn. 90.

¹⁶⁶⁰ MüKo/Oetker § 249 Rn. 40.

¹⁶⁶¹ MüKo/Grunsky Vor § 249 Rn. 24 (3. Aufl. 1994); Esser/Schmidt, SchuldR Bd I AT 1, § 31 II 2 a, S. 483.

¹⁶⁶² MüKo/Grunsky Vor § 249 Rn. 24 (3. Aufl. 1994).

¹⁶⁶³ MüKo/Grunsky Vor § 249 Rn. 24 (3. Aufl. 1994).

Vermögensverlust gegeben.¹⁶⁶⁴ Schließlich gehe es ebenso wie bei einem Konsumgut um die Nutzung der Arbeitskraft.¹⁶⁶⁵

Dies wird heute überwiegend abgelehnt, da gerade die Arbeitskraft einem marktförmigen Vermögen nicht gleich gestellt werden könne.¹⁶⁶⁶ Außerdem fehle es an einer Regelungslücke, weil § 252 die Arbeitskraft abschließend normiere.¹⁶⁶⁷ Die Arbeitskraft gehöre nicht zu dem Vermögen, sondern zur Persönlichkeitssphäre;¹⁶⁶⁸ die Arbeitskraft „als solche“ hat keinen eigenen Marktwert, da Träger der Arbeitskraft der Mensch sei, der keinen Vermögenswert habe.¹⁶⁶⁹

Im Schadensrecht ist Arbeitsunfähigkeit oder vertane Freizeit also nach h.M. kein Vermögensschaden. Anders werden jedoch Leistungen bewertet, die der Geschädigte selbst zur Schadensbeseitigung erbringt; diese sind in Geld ersetzbar.¹⁶⁷⁰ So können insbesondere Dienstleister wie Ärzte oder Rechtsanwälte für ihre Tätigkeit eine Vergütung verlangen.¹⁶⁷¹

Außerdem wird eine berufliche Leistung gem. § 1835 III für den Vormund als geldwerte Leistung eingestuft.¹⁶⁷² Auch der Geschäftsführer ohne Auftrag kann nach h.M. Vergütung verlangen, wenn er in seinem Beruf oder Gewerbe tätig geworden ist.¹⁶⁷³ Dies wird mit einem Redaktionsversehen des BGB Gesetzgebers begründet,¹⁶⁷⁴ und aus ökonomischen Gesichtspunkten begrüßt.¹⁶⁷⁵ Die rechtsdogmatische Grundlage hingegen ist nicht unumstritten, wird aber häufig in einer analogen Anwendung des § 1835 III gesehen.¹⁶⁷⁶

Fraglich ist nun, was hier gelten muss. Der Unterschied zwischen der vorliegenden Fragestellung und dem Schadensrecht ist: im Schadensrecht geht es darum, ob es einen Schaden darstellt, dass man nicht arbeiten kann. Hier jedoch geht es um das Schuldverhältnis des Auftrages; es wurde gerade eine Arbeitsleistung erbracht. Dies ähnelt daher der Konstellation der §§ 683, 1835 III.

Eine Arbeitsleistung wird auch im besonderen Schuldrecht als geldwert eingestuft. Im Vertragsrecht wird bei § 433 eine Sache als geldwert beurteilt, im Dienstvertrag gem. § 611 hingegen eine (Arbeits-)Leistung. Hier schließt sich der Kreis: wenn als Grund für

¹⁶⁶⁴ Esser/Schmidt, SchuldR Bd I AT 1, § 31 II 2 a, S. 483.

¹⁶⁶⁵ Esser/Schmidt, SchuldR Bd I AT 1, § 31 II 2 a, S. 483.

¹⁶⁶⁶ MüKo/Oetker § 249 Rn. 81.

¹⁶⁶⁷ MüKo/Oetker § 249 Rn. 81.

¹⁶⁶⁸ Staudinger/Schiemann § 251 Rn. 105.

¹⁶⁶⁹ Staudinger/Schiemann § 251 Rn. 107.

¹⁶⁷⁰ Soergel/Mertens § 249 Rn. 36; MüKo/Oetker § 249 Rn. 369; Palandt/Grüneberg § 249 Rn. 67.

¹⁶⁷¹ Soergel/Mertens § 249 Rn. 36; MüKo/Oetker § 249 Rn. 369.

¹⁶⁷² Jauernig/Berger Anm zu §§ 1835 – 1836e Rn. 2; Soergel/Beuthien § 683 Rn. 11.

¹⁶⁷³ Im Ergebnis ist man sich einig, dass eine Vergütungspflicht bestehe: Staudinger/Bergmann § 683 Rn. 59; MüKo/Seiler § 683 Rn. 24; Soergel/Beuthien § 683 Rn. 11. Umstritten ist jedoch einerseits die rechtsdogmatische Grundlage und andererseits der Umfang der Vergütungspflicht.

¹⁶⁷⁴ MüKo/Seiler § 683 Rn. 25; Staudinger/Bergmann § 683 Rn. 56.

¹⁶⁷⁵ Staudinger/Bergmann § 683 Rn. 59.

¹⁶⁷⁶ Soergel/Beuthien § 683 Rn. 11; Erman/Dornis § 683 Rn. 13.

die Haftungsmilderung auf die „Unentgeltlichkeit“ abgestellt wird, wird damit gemeint, dass eine normalerweise geldwerte Leistung erbracht wird. Bei der Schenkung äußert sich das im Verlust eines Gegenstandes, bei der Leihe in dem Verlust einer Nutzungsmöglichkeit und bei dem Auftrag im Verlust der Arbeitskraft. Der Unterschied besteht lediglich darin, dass die erst genannten Leistungen sächliche Vertragsgegenstände sind, die Arbeitskraft jedoch nicht gegenständlich ist. Daher ist eine geldwerte Leistung im Sinne des allgemeinen Rechtsgedankens der Haftungserleichterung gegeben.

Dies zeigt sich auch an der entgangenen Nutzungsmöglichkeit. Die Behandlung dieser Fallgruppe ist im Schadensrecht sehr streitig. Im besonderen Schuldrecht jedoch wird die entgangene Nutzungsmöglichkeit (Leihe) wie die Übereignung eines Gegenstandes (Schenkungs) als Leistung angesehen, welche eine Haftungserleichterung rechtfertigt. Dies zeigt, dass die Beurteilungen im Schuldrecht und im Schadensrecht nicht immer übereinstimmen. Nur weil im Schadensrecht grundsätzlich die Arbeitskraft oder Freizeit an sich kein geldwertes Gut ist, muss dies im besonderen Schuldrecht nicht gelten. Dort ist vielmehr auch die Arbeitskraft parallel zur dauerhaften Vermögensminderung der Schenkung oder der entgangenen Nutzungsmöglichkeit bei Leihe als geldwertes Gut einzustufen.

Als der Gesetzgeber sich ausdrücklich gegen eine Haftungsbegrenzung ausgesprochen hat, wurde dies mit der besonderen Vertrauensstellung des Beauftragten begründet. Eine besondere Vertrauensstellung ist jedoch im Idealfall auch bei einer engen persönlichen Nähe gegeben. Bei enger persönlicher Nähe sind jedoch im übrigen BGB Haftungsmilderungen normiert (§§ 708, 1359, 1664). Das bloße „Vertrauen“ kann also nicht gemeint sein. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Machtstellung über die Güter des Auftraggebers, die aus dem Vertrauen resultiert, gemeint sein muss. Der Gesetzgeber wollte eine Haftungsmilderung dann ausschließen, wenn der unentgeltlich Handelnde gleichzeitig eine Machtposition über die Güter des anderen bekommt.

Daher ist beim Auftrag grundsätzlich eine Haftungsmilderung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit nach Satz 1 dann zu befürworten, wenn der freiwillige Verlust der Arbeitskraft im Vordergrund steht. Diese kann dann aber ausnahmsweise nicht eingreifen, wenn der Beauftragte durch seinen Auftrag eine Machtposition über die Rechte und Rechtsgüter des anderen Teils erhält, also eine treuhänderische Stellung innehat.

[3]. Zusammenfassung

Es wurde festgestellt, dass im Auftragsrecht zwar absichtlich keine Haftungsmilderung normiert wurde, dies aber in dem Fall eine Regelungslücke darstellt, wenn dem Auftrag das Treuhandelement fehlt und er unentgeltlicher Dienst – oder Werkvertrag ist. Eine Vergleichbarkeit der Sachverhalte mit Satz 1 hat sich bestätigt: der Fall des Auftrags entspricht dem Fall des freiwilligen Verlustes eines vermögenswerten Gutes ohne Gegenleistung, da die Leistungshandlung im Rahmen des besonderen Schuldrechtes ein solches vermögenswertes Gut darstellt. Eine Übertragbarkeit kommt nicht in Betracht,

wenn gar keine Regelungslücke besteht; nämlich dann, wenn der Auftrag Treuhandcharakter hat.¹⁶⁷⁷

dd. Ergebnis

Die Anwendung des allgemeinen Rechtsgedankens aus Satz 1 ist daher entgegen den vertretenen Auffassungen in bestimmten Fällen zu befürworten: wenn eine geldwerte Arbeitsleistung erbracht wird, ohne dass eine Machtposition über Rechte und Rechtsgüter des anderen Teils besteht.

Die Parteien können zudem aufgrund der Privatautonomie eine Haftungsmilderung im Vertrag ausdrücklich oder stillschweigend selbst festlegen, wobei bei der Annahme einer stillschweigenden Haftungserleichterung selbstverständlich konkrete Anhaltspunkte vorliegen müssen.

b. Gefälligkeit

Streitig ist, welcher Sorgfaltsmaßstab bei Gefälligkeitsverhältnissen anzuwenden ist. Hier kommt, wie zwischen allen nicht vertraglich verbundenen Parteien, eine Haftung aus einem deliktischen Tatbestand in Frage. Es wird diskutiert, ob im Rahmen dieser deliktischen Haftung ein milderer Sorgfaltsmaßstab anzuwenden ist.

Aufgrund der im BGB angelegten Privatautonomie können Vereinbarungen getroffen werden, die keinem der Vertragstypen im BGB entsprechen.¹⁶⁷⁸ Bei solchen Vereinbarungen besteht die Frage ihrer Rechtserheblichkeit. Ein Gefälligkeitsverhältnis liegt vor, wenn kein Rechtsbindungswille existiert, der über den bloß gesellschaftlichen Rahmen hinausgeht.¹⁶⁷⁹

Die Rechtsprechung stellt auf eine umfassende Anzahl von Kriterien ab, namentlich auf die Art der Gefälligkeit, ihren Grund und Zweck so wie die wirtschaftliche Bedeutung, die Interessenslage der Parteien und ähnliches.¹⁶⁸⁰ Auch die Literatur hat einen „bunten Strauß aus Indizien entwickelt, denen sie einen Rechtsbindungswillen entnehmen will“.¹⁶⁸¹

Teilweise wird innerhalb der Gefälligkeitsverhältnisse noch zwischen solchen differenziert, die Gefälligkeiten des täglichen Lebens darstellten und solchen, die als echte Gefälligkeitsverhältnisse mit rechtsgeschäftlichem Charakter bezeichnet werden. Gefälligkeiten des täglichen Lebens lägen immer dann nahe, wenn sich die Vereinbarung im Bereich von nahen Angehörigen, Freunden, Verwandten, Nachbarn o.ä. abspiele.¹⁶⁸² Gefälligkeiten mit rechtsgeschäftlichem Charakter hingegen unterscheiden sich dadurch,

¹⁶⁷⁷ Eine dementsprechende Handhabung wird wohl auch für Vereinsmitglieder zu befürworten sein. BGH NJW 1984, 789 (790); BGH NJW 2005, 981 (981). Bzw. evtl. wird § 31 b BGB eingefügt.

¹⁶⁷⁸ Willoweit, JuS 1984, 909 (909).

¹⁶⁷⁹ Esser/Schmidt, SchuldR Bd I AT 1, § 10 I 3, S. 160.

¹⁶⁸⁰ BGHZ 21, 102 (107).

¹⁶⁸¹ Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, § 16 I 1 a), Rn. 366, S. 166.

¹⁶⁸² Schreiber, JURA 2001, 810 (811).

dass zwar keine Verpflichtung hinsichtlich der Hauptpflicht übernommen werden soll, jedoch Schutzpflichten bestehen sollen.

Wenn ein Gefälligkeitsverhältnis vorliegt, stellt sich weiter die Frage der Haftung. Haftung kommt aus vertraglicher und aus deliktischer Perspektive in Betracht.

aa. Vertragliche Haftung

Großenteils wird die Haftung auf vertraglicher Grundlage bei Gefälligkeitsverhältnissen abgelehnt.¹⁶⁸³

Diejenigen, die zwischen Gefälligkeiten des täglichen Lebens und echten Gefälligkeitsverhältnissen mit rechtsgeschäftlichem Charakter unterscheiden, unterschieden auch bei der vertraglichen Haftung.

[1]. Reine Gefälligkeitsverhältnisse

Die Gefälligkeit des täglichen Lebens begründe weder Hauptleistungspflichten, noch Schutz – oder Nebenpflichten.¹⁶⁸⁴ Eine vertragliche Haftung sei bei dieser Form der Gefälligkeit gänzlich ausgeschlossen. Grund hierfür sei der objektiv fehlende Rechtsbindungswille.¹⁶⁸⁵

[2]. Gefälligkeitsverhältnis mit rechtsgeschäftlichem Charakter

Beim Gefälligkeitsverhältnis mit rechtsgeschäftlichem Charakter hingegen wird eine vertragliche Verpflichtung zur Beachtung von Nebenleistungen – und Schutzpflichten angenommen.¹⁶⁸⁶ Wenn ein Rechtsbindungswille für die Hauptleistungspflicht nicht bestehe, könne man daraus nicht automatisch schließen, dass auch ein Rechtsbindungswille für die Schutz – und Nebenpflichten zu verneinen sei.¹⁶⁸⁷ Das Gefälligkeitsverhältnis im Vollzugsstadium sei ein gesetzliches Schuldverhältnis, welches im Gegensatz zur unerlaubten Handlung einen „gewollten und gezielten Kontakt“ darstelle.¹⁶⁸⁸ Eine Begrenzung im Sinne einer Haftungsmilderung sei nicht gerechtfertigt.¹⁶⁸⁹

bb. Delikt

Im Bereich der Delikthaftung wird bei allen Arten der Gefälligkeit diskutiert, ob die Haftungsmilderungen anderer unentgeltlicher bzw. uneigennütziger gesetzlich geregelter Vertragsformen auf die Gefälligkeit analog anzuwenden sind.

¹⁶⁸³ Staudinger/Martinek § 662 Rn. 6; MüKo/Kramer Einl. zu § 241 Rn. 43.

¹⁶⁸⁴ Schreiber, JURA 2001, 810 (811).

¹⁶⁸⁵ Schreiber, JURA 2001, 810 (811); BGB-RGRK § 599 Anm. 2.

¹⁶⁸⁶ BGHZ 21, 102 (106); Schreiber, JURA 2001, 810 (811); Fikentscher/Heinemann, SchuldR, § 6 3, Rn. 29, S. 22; BGB-RGRK § 599 Anm. 2.

¹⁶⁸⁷ Schreiber, JURA 2001, 810 (811).

¹⁶⁸⁸ Schwerdtner, NJW 1971, 1673 (1676); ähnlich auch Esser/Schmidt, SchuldR Bd I AT 1, § 10 I 3, S. 160; Soergel/Heintzmann Vor § 598 Rn. 15.

¹⁶⁸⁹ Schwerdtner, NJW 1971, 1673 (1676).

[1]. Grundsätzlich keine Haftungsmilderung

Die Rechtsprechung geht im Grundsatz von einer Haftung gem. § 276 I aus. Sie lehnt es regelmäßig ab, die Haftungsbeschränkungen anderer Vertragsverhältnisse ohne Hinzutreten besonderer Anhaltspunkte auf die Gefälligkeit zu übertragen.¹⁶⁹⁰ Ein allgemeiner Rechtssatz, nach dem bei Gefälligkeit nur für grobes Verschulden gehaftet werde, existiere nicht.¹⁶⁹¹ Zudem fehle es bereits an einer Regelungslücke, da die Parteien bei einem Gefälligkeitsverhältnis gerade keinen Rechtsbindungswillen hätten und daher die gesetzlichen Regeln eines Schuldverhältnisses – insbesondere die Haftungsmilderungen – nicht anwendbar sein könnten.¹⁶⁹² Nachdem die Haftung grundsätzlich bejaht wird, wird jedoch, um unbillige Ergebnisse zu vermeiden, mit einem stillschweigenden Haftungsausschluss gearbeitet.¹⁶⁹³ Dies vor allem dann, wenn ein Versicherungsschutz besteht.¹⁶⁹⁴

Auch in der Literatur überwiegt die Auffassung, dass grundsätzlich eine unbeschränkte Haftung anzunehmen sei,¹⁶⁹⁵ außer die Ähnlichkeit mit einem gesetzlichen Vertragstypus, welcher eine Haftungsmilderung enthalte, sei erfüllt.¹⁶⁹⁶ Die Interessenslage der Beteiligten entspreche „derjenigen der nächstliegenden Schuldvertragstypen des BGB oft so weitgehend, dass im Einzelfall stets zu prüfen ist, ob die Interessenbewertung des Gesetzes der Konfliktlösung auch in Gefälligkeitsverhältnissen nicht am besten zu dienen“ vermag.¹⁶⁹⁷

Eine generelle Haftungsbeschränkung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit wie etwa bei § 599, sei nicht gerechtfertigt.¹⁶⁹⁸ Schließlich gebe es im BGB keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz der Haftungsmilderungen für uneigennützige Tätigkeiten, da es keine entsprechende Vorschrift im Allgemeinen Teil gebe;¹⁶⁹⁹ dies zeige sich an der fehlenden Haftungsmilderung im Auftragsrecht.¹⁷⁰⁰ Zudem fehle es bereits an einer Lücke, da es sich um einen „rechtsfreien Raum“ handle, welcher absichtlich ungeregelt bliebe.¹⁷⁰¹ Wenn höchstpersönliche Rechtsgüter wie Leben oder Gesundheit auf dem Spiel stünden, sei eine Haftungsmilderung auf keinen Fall angemessen.¹⁷⁰² Da die sonstigen Haf-

¹⁶⁹⁰ BGHZ 21, 102 (1); 30, 40 (46); 34, 355 (361); BGH NJW 1979, 414 (414); BGH NJW 1980, 1681 (1682); BGH NJW 1992, 2474 (2475).

¹⁶⁹¹ BGB-RGRK § 599 Anm. 2.

¹⁶⁹² BGH NJW 2010, 3087 (3087).

¹⁶⁹³ Littbarski, VersR 2004, 950 (951).

¹⁶⁹⁴ Littbarski, VersR 2004, 950 (951).

¹⁶⁹⁵ Staudinger/Olzen § 241 Rn. 529; MüKo/Kramer Einl. zu § 241 Rn. 43.

¹⁶⁹⁶ Schwerdtner, NJW 1971, 1673 (1675); Staudinger/Olzen § 241 Rn. 528; MüKo/Kramer Einl. zu § 241 Rn. 42.

¹⁶⁹⁷ Willoweit, Jus 1986, 96 (106).

¹⁶⁹⁸ Staudinger/Olzen § 241 Rn. 529.

¹⁶⁹⁹ Schlechtriem, Gutachten und Vorschläge Band II, S. 1621; Schreiber, JURA 2001, 810 (812, 813).

¹⁷⁰⁰ Jauernig/Mansel § 241 Rn. 26; Staudinger/Martinek § 662 Rn. 7.

¹⁷⁰¹ Canaris, Lückenfeststellung, § 30, S. 40.

¹⁷⁰² Larenz/Wolf, BGB AT Bd. I, § 22 Rn. 39, S. 402.

tungsbeschränkungen nicht auf das Deliktsrecht anwendbar seien, sei dies erst recht nicht bei der Gefälligkeit der Fall.¹⁷⁰³

[2]. *Haftungsmilderung*

Es gibt jedoch auch Befürworter einer eingeschränkten Haftung des Gefälligen. Im BGB bestehe der allgemeine Rechtsgrundsatz, dass bei unentgeltlicher Tätigkeit zugunsten eines anderen oder engen personenrechtlichen Verbindungen die Haftung entweder auf die *diligentia quam in suis* oder Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit gemildert ist.¹⁷⁰⁴ Dass kein Grundsatz dieser Art bestehe, könne aus dem Auftrag nicht hergeleitet werden;¹⁷⁰⁵ die Entstehungsgeschichte des BGB zeige, dass es sich jeweils um Tätigkeiten mit wirtschaftlicher Bedeutung¹⁷⁰⁶ bzw. um eine Tätigkeit mit einem Treuhandelement handle.¹⁷⁰⁷ Nur diese Tatsache rechtfertige die Haftung für leichte Fahrlässigkeit.¹⁷⁰⁸ Denn wenn schon diese Personen Haftungsmilderungen zur Seite gestellt bekämen, dann erst recht jemand, der ohne rechtsgeschäftlichen Verpflichtungswillen handle.¹⁷⁰⁹

Daher bestehe eine Gesetzeslücke, die mit der Analogie zu den §§ 521, 599 zu füllen sei,¹⁷¹⁰ bzw. bei gleichzeitiger Tätigkeit im eigenen Interesse mit der *diligentia quam in suis*.¹⁷¹¹ Wenn nicht höchstpersönliche Rechtsgüter, sondern Sachgüter beschädigt werden, so könne eine Haftungsmilderung bejaht werden.¹⁷¹²

cc. *Würdigung*

Aufgrund des täglichen Miteinanders der Menschen besteht die Möglichkeit, dass ein Gefälligkeitsverhältnis entsteht. Den Parteien steht es frei, vielgestaltige Vereinbarungen zu treffen; es stellt sich jedoch die Frage, inwiefern diese Vereinbarungen Rechtserheblichkeit erlangen sollen. Daher müssen auch rein tatsächliche Lebensverhältnisse juristisch betrachtet werden.

Das Abstellen auf den Rechtsbindungswillen ist zu befürworten; denn es gibt sicherlich Absprachen, bei denen ein solcher von den Parteien nicht gewollt ist. Die Kriterien für einen solchen Rechtsbindungswillen sind vielfältig und sollen hier nicht weiter beleuchtet werden.

Fräglich ist, ob es sinnvoll ist, zwischen Gefälligkeitsverhältnissen des täglichen Lebens und solchen mit rechtsgeschäftlichem Charakter zu differenzieren. Relevant wird diese Frage im Rahmen der vertraglichen Haftung.

¹⁷⁰³ Schlechtriem, Gutachten und Vorschläge Band II, S. 1621.

¹⁷⁰⁴ Littbarski, VersR 2004, 950 (954); Gehrlein, VersR 2000, 415 (418); Schreiber, JURA 2001, 810 (812).

¹⁷⁰⁵ Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, § 16 I 2 a), Rn. 369, S. 166.

¹⁷⁰⁶ Esser/Weyers, SchuldR Bd II BT 1, § 35 I 1 c, S. 311.

¹⁷⁰⁷ Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, § 16 I 2 a), Rn. 369, S. 166; Littbarski, VersR 2004, 950 (956).

¹⁷⁰⁸ Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, § 16 I 2 a), Rn. 369, S. 166; Littbarski, VersR 2004, 950 (956).

¹⁷⁰⁹ Littbarski, VersR 2004, 950 (955).

¹⁷¹⁰ Gehrlein, VersR 2000, 415 (418).

¹⁷¹¹ Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, § 16 I 2 a), Rn. 369, S. 166.

¹⁷¹² Larenz/Wolf, BGB AT Bd. I, § 22 Rn. 39, S. 402.

[1]. *Vertragliche Haftung*

Eine vertragliche Haftung kann nicht in Betracht kommen, wenn ein Rechtsbindungswille nicht vorliegt.

Zu erörtern ist, ob es Gefälligkeitsverhältnisse mit rechtsgeschäftlichem Charakter gibt, in denen ein Rechtsbindungswille hinsichtlich Schutz – und Nebenpflichten bejaht werden kann. Richtig ist, dass eine Gefälligkeit im Vergleich zur deliktischen Haftung einen gewollten und gezielten Kontakt darstellt.¹⁷¹³ Jedoch nur zu gewissen Fällen deliktischen Haftens. Es sind schließlich auch Konstellationen denkbar, in welchem sich die Parteien einer deliktischen Schädigungshandlung gewollt und gezielt treffen und dabei zufällig ein Schaden entsteht. Beispielsweise kann es keinen Unterschied machen, ob jemand einen Gegenstand eines Freundes zerstört, weil er zu Besuch ist, oder weil er gefälligkeitshalber dessen Blumen gießt. In beiden Fällen ist ein gezielter Kontakt vorhanden; dass ein freundschaftlicher Besuch eine vertragliche Haftung statuiert, wird wohl kaum vertreten werden können. Daher liegt es fern, bei einer gefälligkeitshalber übernommenen Handlung Schutzpflichten anzunehmen. Es wird auch mit der Schutzwürdigkeit des Integritätsinteresses argumentiert.¹⁷¹⁴ Dieser Ansatz stellt jedoch einseitig auf die Belange des Geschädigten ab.¹⁷¹⁵ Zwar wird gesagt, dass man dem fehlenden Rechtsbindungswillen nicht entnehmen kann, dass eine Haftung für Schutzpflichten nicht gewollt ist; jedoch ist es wirklichkeitsfern anzunehmen, dass jemand, der sich nicht vertraglich bindet dennoch Schutzpflichten eines Vertragsverhältnisses übernehmen will. Die Annahme des Bestehens eines Gefälligkeitsverhältnisses mit rechtsgeschäftlichem Charakter, bei welchem für Schutzpflichtverletzungen nach vertraglichen Grundsätzen gehaftet wird, ist also abzulehnen.

[2]. *Deliktische Haftung*

Fraglich bleibt, ob bei der deliktischen Haftung eine Haftungsmilderung anzuwenden ist. Die Rechtsprechung und die herrschende Meinung der Literatur lehnen eine Haftungsmilderung grundsätzlich ab.¹⁷¹⁶ Hiernach sei prinzipiell von § 276 I auszugehen; jedoch wird anerkannt, dass wenn die Gefälligkeit einem Vertragstypus gleiche, welcher eine Haftungsmilderung vorsehe, diese anzuwenden sei.¹⁷¹⁷ Eine Beurteilung, die sich nach dem verletzten Rechtsgut richtet (bei höchstpersönlichem Rechtsgut keine Haftungserleichterung, bei Sachgut Haftungserleichterung) mag zwar gerecht erscheinen, findet aber im Gesetz keine Stütze.

Der Grund für die Ablehnung einer allgemeinen Haftungsbeschränkung wird hauptsächlich darin gesehen, dass es keinen solchen allgemeinen Rechtsgrundsatz im BGB

¹⁷¹³ So: Schwerdtner, NJW 1971, 1673 (1676).

¹⁷¹⁴ So: Soergel/Heintzmann Vor § 598 Rn. 15.

¹⁷¹⁵ In diesem Sinne schon oben bei §§ 521, 599.

¹⁷¹⁶ S.o.: S. 319.

¹⁷¹⁷ So: Schwerdtner, NJW 1971, 1673 (1675); Staudinger/Olzen § 241 Rn. 526; MüKo/Kramer Einl. zu § 241 Rn. 42.

gebe.¹⁷¹⁸ Dem kann jedoch nicht zugestimmt werden: die allgemeinen Rechtsgedanken wurden bereits herausgestellt.

Fraglich ist, ob und wenn ja wann diese Sätze auch bei Gefälligkeitsverhältnissen im Rahmen der deliktischen Haftung Anwendung finden müssen.

[a]. Regelungslücke

Das Gefälligkeitsverhältnis ist im Zivilrecht nicht geregelt. In der Praxis ist die „Gefälligkeit“ ohne Rechtsbindungswillen jedoch ein tatsächlich auftretendes Phänomen, über dessen rechtliche Behandlung man sich daher auch Gedanken machen muss.

Hier wäre aber nur dann eine Regelungslücke gegeben, wenn eine Regelung nicht bewusst unterblieben ist. Wenn eine Regelung nämlich bewusst unterblieben wäre, so würde dies für die rechtliche Behandlung bedeuten, dass eine vertragliche Haftung nicht möglich ist, eine deliktische Haftung jedoch wie bei jedem unbekannten Dritten ohne Haftungsprivilegierung eingreifen kann. Da ohne Norm ein Sachverhalt gelöst werden könnte, besteht keine Normlücke, weshalb der BGH keine Regelungslücke sieht.¹⁷¹⁹ Jedoch könnte eine Wertungslücke bestehen – was der BGH gar nicht erörtert –, wenn ein Widerspruch zu einem anderen Rechtssatz gegeben wäre und dieser Widerspruch unbewusst wäre.

Es kommt ein Widerspruch zu den Gefälligkeitsverträgen wie Schenkung, Leihe, unentgeltliche Verwahrung etc. in Betracht. Diese Verträge, bei denen eine Leistung ohne Gegenleistung gewährt wird, ähneln der Gefälligkeit; dort jedoch sind Haftungsprivilegierungen normiert. Diese müssen dann aber auf das Deliktsrecht anwendbar sein, falls ein Zusammenhang mit der Hauptleistungspflicht besteht.¹⁷²⁰ Die Anwendbarkeit von Haftungsmilderungen auf das Deliktsrecht ist Ergebnis eines Wandlungsprozesses des Verhältnisses von Vertrags – zu Deliktsrecht.¹⁷²¹ Daher ist dieser Wertungswiderspruch erst nachträglich eingetreten. Es gibt keine Anhaltspunkte, dass der Gesetzgeber sich trotz dieser Problematik einer Regelung absichtlich enthalten hat. Daher ist davon auszugehen, dass eine nachträgliche Wertungslücke eingetreten und damit eine Regelungslücke gegeben ist.

[b]. Vergleichbarkeit der Sachverhalte

Die Anwendbarkeit der normierten Haftungsmilderungen der Gefälligkeitsverträge auf das Deliktsrecht wurde bereits erörtert. Ausschlaggebender Gedanke war, dass die Haftungsmilderungen im Vertragsrecht Anwendung finden und aufgrund der Einheitlichkeit der Rechtsordnung auch im Deliktsrecht anwendbar sein müssen. Maßgebliches Argument hierfür war, dass die im Deliktsrecht geschützten Integritätsinteressen auch im vertraglichen Bereich geschützt sind und, da in beiden Bereichen eine Haftung in das Vermögen des Haftenden eingreift, eine gleiche Behandlung vonnöten ist. Bei der Ge-

¹⁷¹⁸ Staudinger/Olzen § 241 Rn. 529.

¹⁷¹⁹ BGH NJW 2010, 3087 (3087).

¹⁷²⁰ S.o.: S. 154, 264.

¹⁷²¹ S.o.: S. 143.

fälligkeit hingegen besteht gar kein vertragliches Verhältnis. Hier werden die Integritätsinteressen nicht durch eine Haftung für Schutzpflichtverletzungen etwa besonders geschützt. Daher besteht gesetzestechisch aber auch keine Notwendigkeit diesen Schutz in einem zweiten Schritt mit einer Haftungsmilderung zu lockern. Mit anderen Worten: da die Gefälligkeit keine schuldrechtliche Relevanz hat, besteht auch keine schuldrechtliche Haftungsmilderung, weswegen sich die Frage einer Übertragbarkeit auf das Deliktsrecht nicht stellt.

Die Anwendung einer Haftungsmilderung auf das Deliktsrecht könnte sich jedoch aus der Erwägung heraus ergeben, dass bei ähnlichen Verhältnissen eine solche Haftungsmilderung gegeben ist. Schließlich ist im Gegensatz zu den schuldrechtlichen Rechtsverhältnissen mit Haftungsmilderung sogar ein „Weniger“ gegeben: zwar ist die Haftung nicht gemildert, jedoch ist sie in schuldrechtlicher Hinsicht überhaupt nicht gegeben. Denn wenn Rechtsgeschäfte, welche mit Rechtsbindungswillen abgeschlossen werden nach der Systematik des Gesetzes begünstigt werden, so müssen doch erst recht solche Fälle begünstigt werden, in denen kein Rechtsbindungswille besteht.¹⁷²² Die Lage der Parteien ist vergleichbar: einerseits ist zwar mangels Rechtsbindungswillen keine vertragliche Haftung gewollt. Das Risiko einer deliktischen Haftung jedoch steigt, da die Parteien bewusst aufeinander treffen. Hierbei wird von einer Partei eine Gefälligkeit, die letztlich eine unentgeltliche Leistung darstellt, erbracht. Daher muss eine Haftungsmilderung auch für die deliktische Haftung in Gefälligkeitsverhältnissen gelten.

Es ist jedoch fraglich, ob eine Haftungsmilderung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit oder auf eigenübliche Sorgfalt einschlägig sein müsste.

Für eine Vergleichbarkeit des konkreten Sachverhaltes kommt es auf die Art der Gefälligkeit an. Wenn die Gefälligkeit – was wohl in den meisten der Fallgestaltungen so sein wird – einer dieser Fallgruppen entspricht, also eine Vergleichbarkeit der Sachverhalte gegeben ist, muss die jeweilige Haftungserleichterung auch auf die Haftung übertragen werden.

Um dies in der Praxis zu handhaben, wird daher folgendes Prüfungsschema vorgeschlagen: erster Schritt: wird eine Sache in den Besitz des Schädigers integriert? Wenn ja: Haftung nach eigenüblicher Sorgfalt, wenn nein: zweiter Schritt: stehen die Parteien in einem engen personenrechtlichen Verhältnis? Wenn ja: Haftung nach eigenüblicher Sorgfalt, wenn nein: dritter Schritt: ist ein treuhänderisches Verhältnis gegeben? Wenn ja: Haftung nach § 276 I, wenn nein: vierter Schritt: ist der freiwillige Verlust eines geldwerten Gutes gegeben? Wenn ja: Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, wenn nein: Haftung nach § 276.

Da bei einer Gefälligkeit grundsätzlich ihrem Charakter nach keine Gegenleistung versprochen wird, wird zumindest der Verlust eines geldwerten Gutes gegeben sein. Daher ist eine Haftung nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit wohl immer anzunehmen, wenn kein Treuhandelement gegeben ist. Bei einer möglichen Überschneidung der Fallgruppen ist auf das jeweils stärkere Element abzustellen.

¹⁷²² In diesem Sinne auch: Littbarski, VersR 2004, 950 (955).

[3]. Ergebnis

Eine vertragliche Haftung ist aufgrund des fehlenden Rechtsbindungswillens abzulehnen. Bei der deliktischen Haftung liegt ein nachträglich eingetretener Wertungswiderspruch vor, weil bei ähnlichen vertraglichen Konstellationen eine Haftungsbegrenzung im Deliktsrecht gegeben ist. Diese Regelungslücke ist mit einem der als allgemeinen Rechtsgedanken identifizierten Sätze zu füllen.

c. Darlehen

Das Darlehen ist ein gegenseitiger Vertrag,¹⁷²³ wobei das Entgelt eine synallagmatische Hauptleistungspflicht des Darlehensnehmers ist, gleichwohl dispositiv.¹⁷²⁴ Daher ist auch das unentgeltliche Darlehen möglich;¹⁷²⁵ hierbei handelt es sich dann nicht um einen gegenseitigen Vertrag, sondern um einen unvollkommen zweiseitig verpflichtenden Vertrag.¹⁷²⁶ Hier ist allerdings keine Haftungserleichterung normiert.

Ursprünglich war der Gesetzgeber in den §§ 607 ff. a.F. vom Regelfall der Unentgeltlichkeit des Darlehens ausgegangen.¹⁷²⁷ Auch dort gab es keine Haftungsmilderung. Da ein unentgeltliches Darlehen jedoch als unzeitgemäß erschien, erfolgte die Regelung des Gelddarlehens in den §§ 488 ff, die des Sachdarlehens verblieb in den §§ 607 ff. wobei bei beiden Materien nun die Entgeltlichkeit als Regelfall vorgesehen ist.¹⁷²⁸ Hierbei wurden v.a. im kaum praxisrelevanten Sachdarlehen nur die Grundprinzipien geregelt, jedoch wurde keine abschließend detaillierte Regelung geschaffen.¹⁷²⁹ In der Tat hat das Sachdarlehen heute nur geringe praktische Bedeutung; es wird nur beispielsweise bei der Wertpapierleihe relevant oder im gefälligkeitsnahen Alltag.¹⁷³⁰ Umgangssprachlich wird in diesen Konstellationen auch oft von „Leihe“ gesprochen, obwohl eigentlich ein Sachdarlehen gegeben ist. (Beispiel ein Ei „leihen“).¹⁷³¹ Zwar wird dem alltäglichen Sachdarlehen aufgrund seiner geringen wirtschaftlichen Bedeutung auch die juristische Relevanz abgesprochen,¹⁷³² dennoch tritt an dieser Stelle ein interessanter Aspekt zu Tage: offensichtlich ist für die Parteien subjektiv gar kein Unterschied zur Leihe gegeben; bei der Leihe hingegen ist eine Haftungsmilderung normiert.

Fraglich ist, ob dies eine Regelungslücke darstellt, oder ob ein bewusstes Schweigen des Gesetzes gegeben ist, weil eine Haftungsmilderung nicht gewollt ist. Ist das entgelt-

¹⁷²³ Brox/Walker, Besonderes SchuldR, § 17 Rn. 21.

¹⁷²⁴ Brox/Walker, Besonderes SchuldR, § 17 Rn. 20; Staudinger/Freitag/Mülbert § 488 Rn. 184.

¹⁷²⁵ Looschelders, SchuldR BT, § 26, Rn. 533, S. 178.

¹⁷²⁶ MüKo/Berger § 607 Rn. 3; Brox/Walker, Besonderes SchuldR, § 17 Rn. 21.

¹⁷²⁷ Looschelders, SchuldR BT, § 18, Rn. 337, S. 110.

¹⁷²⁸ BT Drucksache 14/6040, S. 252; Palandt/Weidenkaff § 609 Rn. 1; Looschelders, SchuldR BT § 26 Rn. 533, S. 178; Brox/Walker, Besonderes SchuldR, § 17 Rn. 20; MüKo/Berger § 607 Rn. 3; Staudinger/Freitag § 607 Rn. 7.

¹⁷²⁹ BT Drucksache 14/6040, S. 259.

¹⁷³⁰ Staudinger/Freitag § 607 Rn. 2.

¹⁷³¹ Looschelders, SchuldR BT § 26, Rn. 532, S. 177.

¹⁷³² Staudinger/Freitag § 607 Rn. 2.

liche Darlehen gesetzlicher Regelfall und sollen nach dem Willen des Gesetzgebers alle diese Vorschriften auch auf den unentgeltlichen Darlehensvertrag anwendbar sein? Oder ist nur das entgeltliche Darlehen geregelt, während das unentgeltliche Darlehen gar nicht geregelt ist? Dann läge nämlich eine Regelungslücke vor, in der möglicherweise einer der vorher formulierten allgemeinen Sätze passen würde.

aa. Regelungslücke

Beim Gelddarlehen wird ein „geschuldeter Zins“ erwähnt. Dies deute darauf hin, dass im Zweifel eine Entgeltlichkeit anzunehmen sei.¹⁷³³ In den Gesetzgebungsmaterialien wird die Entgeltlichkeit als „Regelfall“ bezeichnet.¹⁷³⁴ Dies verdeutliche, dass es auch eine unentgeltliche Form des Darlehens gebe.¹⁷³⁵ Das Gelddarlehen ist in den §§ 488 ff. zwar ausführlich geregelt, allerdings wohl bezüglich des Regelfalls des entgeltlichen Darlehens. Indes ist unklar, ob eine Regelung für den Fall der Unentgeltlichkeit gegeben ist. Da der Gesetzgeber wohl nicht an den atypischen Fall des unentgeltlichen Gelddarlehens gedacht hat, ist hier eine Regelungslücke anzunehmen.

Beim Sachdarlehen ist bereits in der Gesetzesbegründung erwähnt, dass dieses nur in seiner Grundstruktur geregelt sei.¹⁷³⁶ Da der Gesetzgeber hierbei immer wieder auf das entgeltliche Sachdarlehen abstellt, ist davon auszugehen, dass diese grundlegende Normierung nicht auch das unentgeltliche Sachdarlehen umfassend regeln wollte. Zudem wurde auch auf Überschneidungen mit Leihe o.ä. hingewiesen.¹⁷³⁷ Die Lückenhaftigkeit der Gesamtregelung wird auch an der Tatsache deutlich, dass es beim Darlehen keine Vorschriften für Sachmängel gibt, und für diese daher beim entgeltlichen Darlehen auf das Kaufrecht zurückgegriffen werden muss.¹⁷³⁸ Beim unentgeltlichen Darlehen hingegen kann das Kaufrecht wohl nicht herangezogen werden.¹⁷³⁹ Daher ist auch beim Sachdarlehen davon auszugehen, dass das unentgeltliche Sachdarlehen nicht geregelt ist.

Allerdings könnte sich etwas anderes daraus ergeben, dass in der früheren Regelung zum unentgeltlichen Darlehen keine Haftungsmilderung existierte. Dies würde dann einen Unterschied machen, wenn der Gesetzgeber an dieser Regelung grundlegend festhalten wollte und nur das entgeltliche Darlehen regeln, nicht jedoch das unentgeltliche Darlehen aus der Regelung ausnehmen wollte. Da der Gesetzgeber das entgeltliche Darlehen als Normalfall ansah, ist davon auszugehen, dass das unentgeltliche Darlehen grundsätzlich so bestehen bleiben sollte wie vor der Reform. Dies könnte entscheidend gegen die Annahme einer Regelungslücke sprechen und darauf hinweisen, dass das Schweigen des Gesetzes bedeutet, dass keine Haftungsmilderung gegeben sein soll.

¹⁷³³ MüKo/Berger § 488 Rn. 55.

¹⁷³⁴ BT Drucksache 14/6040, S. 253.

¹⁷³⁵ BT Drucksache 14/6040, S. 253.

¹⁷³⁶ BT Drucksache 14/6040, S. 259.

¹⁷³⁷ BT Drucksache 14/6040, S. 259.

¹⁷³⁸ Staudinger/Freitag § 607 Rn. 39.

¹⁷³⁹ Staudinger/Freitag § 607 Rn. 40.

Um dies zu verifizieren, muss man sich überlegen, warum der Gesetzgeber einen Unterschied zu den anderen unentgeltlichen Verträgen gemacht hat. Der Darlehensnehmer wird Eigentümer der Sache, daher kann er sie auch nach seinem Belieben behandeln. Bezüglich dieser Sache sind Sorgfaltspflichten und Sorgfaltspflichtverletzungen irrelevant. Es kann gar kein Schaden entstehen, der den Darlehensgeber betrifft. Ein Schaden kann allerdings entstehen, wenn die Verletzung einer Schutzpflicht gegeben ist. An jene wurde aber bei der Schaffung des BGB nicht explizit gedacht,¹⁷⁴⁰ weshalb auch folgerichtig die Normierung einer Haftungsprivilegierung beim Darlehen nicht erwogen wurde. Daher ist es kein Argument gegen eine Regelungslücke, dass früher im Darlehensrecht keine Haftungsmilderung existierte; vielmehr wäre es verwunderlich gewesen, wenn der Gesetzgeber sich hierauf bezogen hätte. Dieser Tatsache scheint sich indes der moderne Gesetzgeber nicht bewusst gewesen zu sein, weshalb eine Haftungsmilderung überhaupt nicht erwogen wurde. Es ist davon auszugehen, dass sowohl beim Geld – als auch beim Sachdarlehensvertrag eine planwidrige Regelungslücke und kein bewusstes Schweigen des Gesetzes vorliegt.

bb. Schließung der Regelungslücke

Bei einer Regelungslücke kann ein allgemeiner Rechtsgrundsatz zur Schließung dieser herangezogen werden.¹⁷⁴¹ Es passt Satz 1:

Wenn eine geldwerte Leistung ohne Gegenleistung im Rahmen eines Schuldverhältnisses erbracht wird, ist die Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit gemildert.

Immer wenn ein Zusammenhang mit der Güterschiebung gegeben ist, könnte also eine Haftungsmilderung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit in Frage kommen. Hier ähnelt der Geldwert der Leistung Schenkung und Leihe: einerseits wird Eigentum übertragen wie bei der Schenkung, andererseits ist faktisch nur die Nutzungsmöglichkeit gewährt, weil eine Sache gleicher Art und Güte „zurück“ gegeben werden muss, ähnlich der Leihe.

cc. Ergebnis

Auch beim unentgeltlichen Darlehen kommt die Anwendung einer der Sätze in Betracht, weil eine Regelungslücke gegeben ist. Es ist nur das entgeltliche Darlehen ausdrücklich geregelt. Beim Sachdarlehen ist die gesamte Neuregelung ausgesprochen lückenhaft. Aber auch beim Gelddarlehen liegt eine Regelungslücke vor, da keine maßgebliche Abweichung vom früher geregelten unentgeltlichen Darlehen gewollt war. Dort war keine Haftungsmilderung vorgesehen gewesen.

Allerdings wird der Darlehensnehmer im Unterschied zum Verleiher Eigentümer der Sache, so dass eine Haftung vor allem aufgrund von Schutzpflichten denkbar ist. Da im ursprünglichen BGB an diese nicht explizit gedacht wurden, wurde folgerichtig auch keine Haftungsmilderung diskutiert. Aufgrund der praktischen Seltenheit des unentgelt-

¹⁷⁴⁰ S.o.: S. 75.

¹⁷⁴¹ S.o.: S. 36.

lichen Gelddarlehens wurde dies im neuen Gesetzgebungsverfahren auch nicht behoben. Da eine unbewusste Regelungslücke besteht, kann diese mit Satz 1, welcher eine vergleichbare Konstellation betrifft, geschlossen werden.

d. Zusammenfassung

Die Normierung der Haftungserleichterungen ist eine Wertentscheidung des BGB-Gesetzgebers. Durch die Analyse und den Vergleich dieser Normen haben sich verschiedene gemeinsame Motive herauskristallisiert. Diese an ganz verschiedenen Stellen auftauchenden Grundgedanken sind abstrahierbar, so dass hierin der Ausdruck mehrerer allgemeiner Rechtsgedanken zu sehen ist.

Zwar wird das Bestehen solcher allgemeiner Rechtsgedanken in Rechtsprechung und Literatur ganz überwiegend abgelehnt; dies allerdings, weil die Problematik meist nur im Rahmen der Haftung bei Gefälligkeit und nicht in größerem Zusammenhang diskutiert wird. Zudem wird nicht zwischen dem treuhänderischen und dem dienstleistungs – bzw. werkleistungsvertraglichen Auftrag unterschieden. Zuletzt wird nur eine allgemeine Haftungserleichterung bei „Unentgeltlichkeit“ erwogen; es hat sich jedoch gezeigt, dass das System der Haftungsmilderungen des BGB ein wesentlich präziseres Bild zeichnet. Die gemeinsamen Gedanken lassen sich wesentlich klarer herausarbeiten, weshalb vier allgemeine Rechtsgedanken formuliert werden konnten.¹⁷⁴² Diese Sätze sind dann auf andere Rechtsverhältnisse anwendbar, wenn dort eine Regelungslücke gegeben ist.

Beim Auftrag wurde die Regelungslücke darin gesehen, dass im Gesetzgebungsverfahren nur die dienst – bzw. werkvertraglichen Elemente des Auftrages gewürdigt wurden; bei den entgeltlichen Geschäften jedoch wird zwischen diesen beiden Typen unterschieden, weshalb auch bei den unentgeltlichen Verträgen unterschieden werden muss. Auch ist eine Vergleichbarkeit mit der Situation aus Satz 1 gegeben, da die Arbeitskraft im Vertragsrecht – anders als im Schadensrecht – als geldwertes Gut einzustufen ist. Eine solche Behandlung der Arbeitskraft als geldwertes Gut wird auch durch die §§ 683, 1835 III gestützt. Das tatsächliche Gefälligkeitsverhältnis schließlich ist nicht gesetzlich geregelt, weshalb es im Deliktsrecht einen Wertungswiderspruch zu den geregelten Gefälligkeitsverträgen gibt. Durch einen Erst-Recht-Schluss wurde festgestellt, dass diese Sachverhalte auch mit den vertraglichen Situationen vergleichbar sind.

Auch beim unentgeltlichen Darlehen konnte aufgrund der Unvollständigkeit der gesetzlichen Vorgaben eine Regelungslücke festgestellt werden.

¹⁷⁴² Unter IV B 1-4.

VI. ERGEBNISSE

1. Teloī

Es wurden die einzelnen Normen, welche einerseits Haftungsbegrenzungen auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit und andererseits auf die eigenübliche Sorgfalt untersucht. Hierbei sind zunächst die Teloī der Vorschriften anhand der Auslegung nach der eher subjektiven Methode ermittelt worden.

a. Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit

In § 300 ist die Haftung gemildert, da der Schuldner seine Leistungsbereitschaft erhalten muss, obwohl es der Gläubiger war, der eine Obliegenheit verletzt hat.

Bei den §§ 521, 599 ist die Haftungserleichterung im Fall des Schadenseintrittes ein Ausgleich für die bereits freiwillig erfolgte Vermögensminderung. Der Gläubiger bekommt Eigentum bei Schenkung bzw. die Nutzungsmöglichkeit bei Leihe und somit einen Vermögenszuwachs. So wird die Vermögenshaftung spiegelbildlich verschoben: der konkreten Vermögensminderung steht die eventuelle Möglichkeit gegenüber, eine Haftungs-milderung bei Schadenseintritt in Anspruch zu nehmen.

Die §§ 680, 968 schließlich sind als eine Belohnung für und ein Anreiz zur Hilfsbereitschaft anzusehen, die ohne eigenen unmittelbaren Vermögensvorteil erfolgt. Die Rechtsgüter des Geschäftsherren/Verlierers werden durch den Eingriff des Geschäftsführers/Finders geschützt. Daher wird das Risiko des fahrlässig verursachten Schadenseintrittes auf diesen übertragen.

Zentrales Motiv der Normen, welche die Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit begrenzen ist, dass eine geldwerte Leistung ohne Gegenleistung, also eine unentgeltlichen Güterverschiebung auf der Haftungsseite als Verschiebung des Haftungsrisikos widergespiegelt wird. Derjenige, zu dessen Gunsten die Haftungs-milderung eingreift, hat sein Vermögen durch eine geldwerte Leistung geschmälert, während der andere Teil einen Vermögenszuwachs zu verzeichnen hat. Der Sinn und Zweck der Normen erschöpft sich daher nicht nur in der Begünstigung des unentgeltlich Handelnden; es ist umgekehrt auch eine Belastung des von dieser Handlung Profitierenden. Ein weiterer Aspekt tritt bei Gefahrensituationen ein, wo ausnahmsweise ein sonst unerwünschter Eingriff in fremde Rechtsgüter ermutigt wird.

b. Diligentia quam in suis

Die Haftung in den §§ 346, 690, 2131 ist gemildert, da eine Sache in den Herrschaftsbereich des durch die Haftungsbegrenzung Begünstigten gelangt ist, der schützenswert ist. Seine Schutzwürdigkeit besteht, weil er entweder die Rückgewährsituation im Rücktrittsrecht nicht verschuldet hat, die Verwahrung unentgeltlich übernommen hat, oder weil er zahlreiche Pflichten zugunsten des Nacherben hat.

Bei den §§ 708, 1359, 1664 besteht ein enges personenrechtliches Verhältnis, welches finanzielle Verflechtungen nach sich zieht und einen privaten Raum betrifft, in dem der Begünstigte handlungsfähig bleiben soll.

Zentrales Motiv ist einmal die Eingliederung einer Sache in den eigenen Herrschaftsreich, also die „Nähe der Sache“ in Kombination mit eigener Schutzwürdigkeit bzw. das Bestehen eines engen personenrechtlichen Verhältnisses mit zahlreichen eigenen Pflichten, also eine „Nähe von Personen“. Hierbei soll die Handlungsfähigkeit im privaten Bereich jeweils aufrecht erhalten werden und gleichzeitig ein Gegenpol zu den zahlreichen Pflichten des jeweiligen Rechtsverhältnisses geschaffen werden.

2. Anwendung

Im Anschluss hieran wurden streitige Anwendungsfälle unter Zuhilfenahme der ermittelten Teloi erörtert.

a. Nebenpflichten

Die Haftungserleichterungen der §§ 300, 521, 599, 690, 708 sind dann auf die Verletzung einer vertraglichen Neben – oder Schutzpflicht anwendbar, wenn ein unmittelbarer Bezug zu der vertraglichen Hauptleistungspflicht besteht.

aa. § 300

Bei § 300 spricht hierfür vor allem, dass der Schuldner den Leistungsgegenstand erhalten oder die Leistungsbereitschaft aufrechterhalten hat; ob dies aber im Rahmen der Hauptleistungspflicht oder durch eine Nebenpflicht gewährleistet wird, wird im Einzelfall unterschiedlich sein. Da die Hauptleistungspflicht unstreitig von der Haftungsmilderung umfasst ist, wäre es willkürlich, solche Nebenpflichten, die sich unmittelbar auf die Hauptleistungspflicht beziehen, nicht zu erfassen.

bb. §§ 521, 599

Bei den §§ 521, 599 erscheint eine der Lösung des BGH ähnliche Handhabung angebracht: da die Auslegungsmethoden kein eindeutiges Ergebnis gebracht haben, weil der Gesetzgeber keine klaren Vorgaben gemacht hat, war im Rahmen der teleologischen Auslegung eine Lösung zu finden.

Der Zweck der Vorschrift ist es, dass die Vermögensminderung auf der einen Seite zu einer Minderung der Vermögenshaftung auf der anderen Seite führt. Diesem Zweck wird eine Haftung gerecht, wie sie die vermittelnde Lösung des BGH nahe legt. Schließlich ist der Zweck der Haftungserleichterung dann einschlägig, wenn eine Handlung des Schenkers oder Verleihers sich auf eine Pflicht des vermögensmindernden Schenkungs – oder Leihvertrages bezieht. Hierdurch wird ein Ausgleich geschaffen in dem Spannungsverhältnis zwischen der Entlastung dessen, der ein freiwilliges Vermögensopfer erbringt einerseits und andererseits der Tatsache, dass Nebenpflichten auch Vertragspartner treffen, die kein Vermögensopfer erbringen. Daher sollte die Haftungsmilderung auf solche

Nebenpflichten anwendbar sein, die sich unmittelbar auf die Hauptleistungspflicht beziehen.

cc. §§ 708, 690

Ähnlich bei den §§ 708, 690: trotz deren leicht voneinander abweichenden Formulierung ist eine Anwendung auf Schutzpflichten dann geboten, wenn ein Zusammenhang mit der Hauptleistungspflicht besteht.

Gerade in dem umfassenden Verhältnis einer GbR ist das gesetzliche Leitbild des gemeinsamen Zweckes so weit, dass auch Schutzpflichten hierunter fallen können; folglich muss sich eine Haftungsmilderung dann auf diese beziehen. Hierfür sprechen zudem die Gesetzesmaterialien zu § 708.

Für die Gleichbehandlung von § 690 sprechen die §§ 521, 599: die Abweichung ist lediglich, dass dort Leistungsgegenstand ein Gegenstand und hier bei § 690 eine Handlung (Verwahrung) ist. Diesem Umstand wurde aber bereits durch die unterschiedliche Art der anwendbaren Haftungsbegrenzung Rechnung getragen. Auch der Zweck der Vorschriften spricht hierfür, weil andernfalls die Handlungsfähigkeit des Privilegierten zu stark eingeschränkt würde, da er immer prüfen müsste, um was für eine Pflicht es sich gerade handelt und seine Sorgfaltsanstrengungen hiernach ausrichten müsste.

b. §§ 680, 968

Da bei den §§ 680, 968 zusätzlich die Ermutigung zum Eingriff bei Gefahr gegeben ist, muss eine berechnigte GoA vorliegen bzw. ein redlicher Finder gegeben sein.

c. § 346

Für § 346 muss eine andere Behandlung ab Kenntnis aufgrund teleologischer Reduktion gegeben sein: ab Kenntnis ist nicht mehr der Maßstab des § 277, sondern der des § 276 anzuwenden. Schließlich ändert sich ab Kenntnis die vom Gesetzgeber mit der Vorschrift intendierte Interessenslage.

d. § 708

Eine ähnliche Zäsur ergibt sich bei § 708: dort ist anstelle der Kenntnis die Übernahme relevantes Kriterium dafür, welcher Sorgfaltsmaßstab anwendbar ist. Schließlich gibt es beim Überschreiten der Geschäftsführungsbefugnis in der GbR zwei relevante Pflichtverletzungen, an die eine Schadensersatzpflicht anknüpfen kann: die Übernahme und die Ausführung. Da die Prüfung, ob die Übernahme innerhalb der Pflichten des Gesellschafters liegt, Gesellschafterpflicht ist, ist hier § 708 anzuwenden. Bei der Ausführung hingegen ist zu unterscheiden, ob die Übernahme bereits schuldhaft war. Wenn die Übernahme schuldhaft war, handelt der Gesellschafter wissentlich nicht mehr in seinem Kompetenzbereich und ist deswegen nicht mehr schützenswert. Kann er allerdings davon ausgehen, in seinem Kompetenzbereich zu handeln, so handelt er weiterhin für die Gesellschaft und kann von der Anwendbarkeit der Haftungsmilderung ausgehen; diese

ist daher in diesem Fall anzuwenden. Problematisch bei dieser Lösung ist, dass der zufällige Schadenseintritt durch § 280 nicht normiert wird. Nicht in § 280 geregelt ist nämlich der Fall, dass ein Gesellschafter bewusst die Entscheidung getroffen hat, die Geschäftsführungsbefugnis zu überschreiten und dies keinen Schaden nach sich gezogen hat; jedoch die Ausführung einen zufälligen Schaden verursacht hat. Da dieser Fall nicht geregelt ist, ist in diesem Fall die ähnliche Wertung des § 678 heranzuziehen. Eine Analogie zu § 680 ist auch bei der Geschäftsführung zur Gefahrenabwehr zu befürworten.

e. § 1359

§ 1359 ist auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft anwendbar, da dort eine Gesetzeslücke besteht. Der in der Praxis häufige Fall der nichtehelichen Lebensgemeinschaft ist nicht geregelt. Hier ist die Vergleichbarkeit der Sachverhalte aufgrund der eheähnlichen Gemeinschaft mit faktisch ebenso enger Bindung gegeben. Anders ist dies jedoch bei getrennt Lebenden: dort ist das enge persönliche Verhältnis aufgehoben worden und es besteht auch meist keine häusliche Gemeinschaft mehr. Die Handlungsfähigkeit im privaten Raum ist also nicht mehr durch die Haftungsprivilegierung zu gewährleisten (anders die noch h.M.).

f. § 1664

Hinsichtlich einer Aufsichtspflichtverletzung ist § 1664 anzuwenden, da es sich um eine zentrale Pflicht der Personensorge handelt. Da die Haftungserleichterung aber gerade Kompensation dieser Pflichten ist, muss sie hier anwendbar sein.

g. § 2131

§ 2131 ist entgegen der ganz h.M. auf sämtliche Verwaltungspflichten des Nacherben anwendbar, weil einzige Anspruchsgrundlage für Schadensersatz der § 2130 ist: bei dieser allgemeinen Anspruchsgrundlage muss die allgemeine Haftungsmilderung gelten. Zudem ist die Handlungsfähigkeit im privaten Raum nur gewahrt, wenn die Haftungsmilderung tatsächlich auf alle Pflichten anwendbar ist.

h. Delikt

Bei der deliktischen Haftung ist über eine Anwendung der Haftungsmilderungen im Einklang mit der Anwendbarkeit im Schuldrecht zu entscheiden, da diese gesetzlichen Wertungen spezieller sind. Zudem überschneiden sich die Pflichtenkreise von Vertrag und Delikt heute immer mehr. Aufgrund dieser Überschneidungen muss sich aber auch der Anwendungsbereich von Haftungserleichterungen verändert haben. Diese Überschneidungen von Pflichten sind in den familienrechtlichen Verhältnissen ohnehin gegeben. Einzig bei der Vorerbschaft scheint die Formulierung entgegen zu stehen. Dies ist jedoch nur scheinbar der Fall, da nur bei deliktischen Verletzungen im Zusammenhang mit Verwaltungspflichten ein Zusammenhang mit dem Nacherbschaftsverhältnis gegeben ist.

i. Straßenverkehr

Im Straßenverkehr schließlich wird eine Unanwendbarkeit der Haftungsprivilegierungen ganz überwiegend befürwortet; jedoch mit unterschiedlichen Begründungen. Bei § 7 StVG als Norm der Gefährdungshaftung ist gar kein Ansatzpunkt für ein etwaiges Verschulden gegeben. Bei § 18 StVG besteht letztlich eine Ausnahmelücke, weil ein Widerspruch der Wertungen vorliegt: der Gesetzgeber hat im Straßenverkehrsrecht dem Schutz des Geschädigten oberste Priorität eingeräumt, wie sich an der Ausgestaltung als Gefährdungshaftung und der Pflichtversicherung zeigt. Genau im Gegensatz dazu dienen die Haftungsprivilegierungen dem Schutz des Schädigers. Dieses Spannungsverhältnis wurde durch die Rechtsprechung anhand einer nicht zu beanstandenden Wertentscheidung zugunsten des Geschädigten im Straßenverkehr gelöst. Hierbei ist insbesondere das Bestehen eines Versicherungsschutzes in neuerer Zeit zu Recht herangezogen worden. Zwar besteht zwischen Haftungsrecht und Versicherungsrecht nach wie vor das Trennungsprinzip. Jedoch wird dieses Prinzip durch den Gesetzgeber selbst durchbrochen, indem im Pflichtversicherungsrecht ein Direktanspruch des Opfers gegen den Versicherer gegeben ist. Da der Schutz des Geschädigten zentral in den Vordergrund tritt, kann das Bestehen eines Versicherungsschutzes aufgrund gesetzgeberischer Wertung ein zu berücksichtigendes Moment sein.

j. ÖAR

Auch die ökonomische Analysierbarkeit der Normen des Schadensrechtes wurde erörtert. Hierbei hat sich herausgestellt, dass es zwar kein allgemeines Rechtsprinzip gibt, welches eine ökonomische Analyse gebietet; jedoch können bei einzelnen Normen gerade im Haftungsrecht ökonomische Aspekte eine Rolle spielen, wenn dies in der Einzelnorm so angelegt ist.

3. Allgemeiner Rechtsgedanke

Durch die Analyse und den Vergleich dieser Normen und der dahinter stehenden Gedanken haben sich verschiedene gemeinsame Motive herauskristallisiert. Diese an ganz verschiedenen Stellen auftauchenden Grundgedanken sind abstrahierbare grundsätzliche Wertentscheidungen des Gesetzgebers, so dass hierin der Ausdruck mehrerer allgemeiner Rechtsgedanken zu sehen ist.

Der allgemeine Rechtsgedanke einer Haftungsbegrenzung wird vielfach nur im Zusammenhang mit unentgeltlicher Tätigkeit oder einer Gefälligkeit erörtert. Daher wird das Bestehen eines solchen Grundgedankens der Haftungsprivilegierung in Rechtsprechung und Literatur beinahe einhellig abgelehnt. Auch das Nichtbestehen einer Haftungsprivilegierung beim Auftrag wird immer wieder als Begründung für das Nichtbestehen eines solchen Prinzips angebracht. Hier wird jedoch übersehen, dass die mangelnde Haftungsmilderung im Auftragsrecht auf dem treuhänderischen Charakter des Auftrages beruht, welcher nicht bei jeder Form des Auftrages gegeben ist. Außerdem wird zur Begründung oder Ablehnung eines dergestalteten Prinzips jeweils nur auf die „Unentgeltlichkeit“ als Merkmal abgestellt; es hat sich jedoch gezeigt, dass das BGB ein

ausdifferenzierteres System an Kriterien zur Verfügung stellt. Diese Kriterien lassen sich in folgende allgemeine Sätze fassen:

a. Satz 1

Wenn eine geldwerte Leistung ohne Gegenleistung im Rahmen eines Schuldverhältnisses erbracht wird, ist die Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit gemildert.

b. Satz 2

Wenn ein Eingriff in fremde Rechtsgüter aufgrund einer Gefahrensituation ausnahmsweise erwünscht ist, wird dieser durch Privilegierung der Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit unterstützt.

c. Satz 3

Wenn die Eingliederung einer Sache in den privaten Herrschaftsbereich ohne konkrete Gegenleistung gegeben ist, so mildert sich die Haftung auf eigenübliche Sorgfalt.

d. Satz 4

Wenn eine enge persönliche und finanzielle Verflechtung von einiger Dauer und Verbindlichkeit gegeben ist, so ist der Haftungsmaßstab der eigenüblichen Sorgfalt anzuwenden.

e. Anwendbarkeit

Diese Sätze sind dann auf andere Rechtsverhältnisse anwendbar, wenn dort eine Regelungslücke gegeben ist.

Beim Auftrag hat sich eine unbewusste Regelungslücke gezeigt, da im Gesetzgebungsverfahren nur die treuhänderischen Elemente des Auftrages bei Ablehnung der Haftungsmilderung erörtert wurden. Da dieser jedoch auch dienst – bzw. werkvertragliche Elemente aufweist, kann diese Argumentation hierfür nicht gelten. Vielmehr ist in diesen Fällen eine Vergleichbarkeit mit der Situation aus Satz 1 gegeben. Relevante dauerhafte Vermögensminderung ist das Erbringen einer ansonsten geldwerten Arbeitsleistung.

Eine grundsätzlich unbegrenzte Haftung der rechtsunverbindlichen Gefälligkeit würde einen Wertungswiderspruch zu den gefundenen Rechtssätzen darstellen, weshalb diese bei Vorliegen ähnlicher Konstellationen anwendbar sein müssen.

Auch beim unentgeltlichen Darlehen konnte aufgrund der Lückenhaftigkeit der Regelungen einer der Sätze angewendet werden.

Durch diese Ergebnisse wurde das Ziel der Arbeit – die Normen des BGB, welche Haftungsbeschränkungen vorsehen, zu beleuchten – erreicht. Der Sinn und Zweck der Normen wurde anhand der Auslegung ermittelt; hierauf aufbauend wurde die Anwendbarkeit der Einzelnormen besprochen. Insbesondere wurde durch Betrachtung und Auslegung aller haftungsbegrenzenden Normen ein dem innewohnendes System auf-

gedeckt. Die herausgearbeiteten allgemeinen Rechtsgedanken können im Wege der Lückenschließung auf atypische Verträge, wie dem nicht treuhänderischen Auftrag, die Gefälligkeit oder das unentgeltliche Darlehen angewendet werden.

VII. SCHLUSS

Im Rahmen dieser Arbeit wurden erstmalig die gesamten normierten Haftungsbeschränkungen zueinander in Bezug gesetzt und systematisiert. Eine solche Systematisierung konnte bisher nicht erfolgen, da nur einzelne Haftungsmilderungen bzw. einzelne Aspekte dieser Vorschriften herausgegriffen worden waren. Während bei Schlechtriem¹⁷⁴³ der Schwerpunkt eher auf der Inbezugsetzung vertraglicher und außervertraglicher Haftung liegt, ist hier der Schwerpunkt die Ermittlung der Gemeinsamkeiten der verschiedenen Haftungsmilderungen im System des BGB zueinander. Mauel¹⁷⁴⁴, Heller¹⁷⁴⁵ und auch Rother¹⁷⁴⁶ haben sich auf die eigenübliche Sorgfalt konzentriert, indes wurden oben beide Arten gesetzlicher Haftungsbeschränkungen und ihre gemeinsamen Topoi besprochen.

Bei § 300 hat durch den neuen Ansatz von Grunewald¹⁷⁴⁷ ein Umdenken bereits eingesetzt. Hier wurde dies vertieft und unter Bezugnahme auf die anderen Haftungsbegrenzungen ist schließlich ein bisher noch nicht vertretenes Ergebnis entstanden. Auch bei den §§ 968, 2131 sind andere Ergebnisse erzielt worden, als in der Literatur diskutiert. Dies gründet sich darauf, dass die Konstellation des § 968 kaum praxisrelevant ist. Zum anderen liegt dies aber maßgeblich daran, dass die Vorschriften bisher losgelöst von den anderen gesetzlich normierten Haftungsbegrenzungen und deren Anwendungsproblematiken betrachtet wurden.

Obwohl der Blickwinkel im Vergleich zu früheren Untersuchungen wesentlich erweitert wurde, indem das gesamte BGB in die systematischen Überlegungen miteinbezogen wurde, wäre die Einordnung in einen noch größeren rechtlichen Zusammenhang denkbar. Der Blickwinkel könnte auf das gesamte Zivilrecht ausgedehnt werden; dort würden dann insbesondere Fragen des Handelsrechtes interessant werden. Auch dort gibt es gesetzliche Abweichungen von dem üblichen Haftungsmaßstab, insbesondere im Frachtrecht. Im HGB würde dann ebenfalls die Frage auftreten, auf welche Gesellschaften § 708 Anwendung finden muss oder ob dort möglicherweise eine teleologische Reduktion vorzunehmen ist.

Hier wurden ausschließlich gesetzliche Haftungsbegrenzungen besprochen. Es sind aber zudem Haftungsbeschränkungen durch vertragliche Abrede möglich. Diesen sind gesetzliche Grenzen gesetzt. Es ist an etwa § 276 III zu denken, nach dem die Haftung wegen Vorsatzes nicht ausgeschlossen werden kann; oder an zahlreiche Tatbestände der Gefährdungshaftung (etwa § 8 a StVG).

Weiterhin erschiene interessant, wie sich die Haftungsmilderungen zu den Haftungserweiterungen verhalten. Insbesondere in § 675 v wird eine solche Verknüpfung deutlich. Gesetzliche Haftungserweiterungen sind etwa die Haftung für Zufall (§§ 848, 287)

¹⁷⁴³ Schlechtriem, Vertragsordnung und außervertragliche Haftung (1972).

¹⁷⁴⁴ Mauel, Die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten, (1985).

¹⁷⁴⁵ Heller, Der Haftungsmaßstab der „diligentia quam in suis“ (1989).

¹⁷⁴⁶ Rother, Haftungsbeschränkungen im Schadensrecht, 1965.

¹⁷⁴⁷ Grunewald, FS Canaris, S. 331 ff. (2007).

oder eine verschuldensunabhängige Haftung, insbesondere die Gefährdungshaftung. Gerade bei letzter sind oftmals Haftungshöchstsummen gegeben, was gerade unter den oben angesprochenen versicherungsrechtlichen Aspekten wieder erörterenswert ist. Dieser versicherungsrechtliche Aspekt, der in der neueren Rechtsprechung immer mehr Beachtung findet, wird wohl noch an Bedeutung gewinnen. Grundsätzlich ist zwar eine solche Argumentation teilweise gerechtfertigt; jedoch wäre wünschenswert, dass bei der Gefälligkeit dies nicht als einziges Argumentationsmuster gebraucht wird, sondern dass eine tiefergehende Auseinandersetzung mit den hier gefundenen allgemeinen Rechtsgedanken stattfindet. Auch im Auftragsrecht bleibt zu hoffen, dass dort zumindest ein Umdenken erwogen wird.

LITERATURVERZEICHNIS

	Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts Herausgegeben vom Bundesminister der Justiz, Bundesanzeiger Verlag, Köln, 1992
Adams, Michael	Ökonomische Theorie des Rechts Konzepte und Anwendungen Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main 2002
Alexy, Robert	Zum Begriff des Rechtsprinzips in: Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz S. 59 ff. Krawietz, Werner (Hrsg.) Opalek, Kazimierz (Hrsg.) Peczenik, Aleksander (Hrsg.) Schramm, Alfred (Hrsg.) Dunker & Humblot Verlag, Berlin 1979
Alexy, Robert	Theorie der juristischen Argumentation Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main 2. Auflage 1991
Amann, Peter	Abgrenzung und Anwendungsbereich von Dienstvertrag, Werkvertrag und Auftrag in der Entstehungsgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuches Dissertation zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechtswissenschaft an der Fakultät für Rechtswissenschaft an der Universität Bielefeld 1987
Annuß, Georg	Die Folgen des Rücktritts JA 2006, S. 184 ff.
Arens, Peter	Anspruchskonkurrenz bei mehreren Haftungsgründen AcP 1970 (170), S. 392 ff.
Armbrüster, Christian	Auswirkungen von Versicherungsschutz auf die Haftung NJW 2009, S. 187 ff.
Arnold, Arndt	Das neue Recht der Rücktrittsfolgen JURA 2002, S. 154 ff.
Assman, Heinz-Dieter Kirchner, Christian Schanze, Erich	Ökonomische Analyse des Rechts Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 1993

Ballerstedt, Kurt	Der gemeinsame Zweck als Grundbegriff des Rechts der Personengesellschaften JuS 1963, S. 253 ff.
Bamberger, Heinz-Georg (Hrsg.) Roth, Herbert (Hrsg.)	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 1 2. Auflage 2007 C.H. Beck Verlag, München
Bamberger, Heinz-Georg Roth, Herbert (Hrsg.)	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2 2. Auflage 2008 C.H. Beck Verlag, München
Bamberger, Heinz-Georg (Hrsg.) Roth, Herbert (Hrsg.)	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 3 2. Auflage 2008 C.H. Beck Verlag, München
Bamberger, Heinz-Georg (Hrsg.) Roth, Herbert (Hrsg.)	Beck'scher Online-Kommentar BGB § 675 v: Schmalenbach Edition: 23, 2011 C.H. Beck Verlag, München
Bartsch, Karl Ludwig	Aufwendungsersatzanspruch und Schadensersatzpflicht des Geschäftsführers im Falle berechtigter und unberechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag AcP 171 (1971), S. 218 ff.
v. Bar, Christian	Das „Trennungsprinzip“ und die Geschichte des Wandels der Haftpflichtversicherung AcP 181 (1981), S. 289 ff.
Baur, Fritz Stürner, Rolf	Sachenrecht 18. Auflage 2009 C. H. Beck Verlag, München
Behrends, Otto	Die bona fides im mandatum Die vorklassischen Grundlagen des klassischen Konsensualvertrages Auftrag In: Ars boni et aequi Festschrift für Wolfgang Waldstein Zum 65. Geburtstag Herausgegeben von: Josef Schermaier und Zoltán Végh Franz Steiner Verlag Stuttgart, 1993
Berg, Hans	Hauptprobleme bei der Geschäftsführung ohne Auftrag JuS 1975, S. 681 ff.
Bern, Michael	Ersatzansprüche im Falle der Schädigung Angehöriger NZV 1991, S. 449 ff

Bertzel, Karl	Der Notgeschäftsführer als Repräsentant des Geschäftsherren NJW 1962, S. 2280 ff.
Beyerle, Franz	Die Treuhand im Grundriss des deutschen Privatrechts Verlag Hermann Böhlhaus Nachfolger, Weimar 1932
Bierling, Ernst Rudolf	Juristische Prinzipienlehre 4. Band Neudruck der im Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) erschienenen Auflage von 1894-1917 Scientia Verlag, Aalen, 1961
Bitter, Georg Rauhut, Tilman	Grundzüge zivilrechtlicher Methodik – Schlüssel zu einer gelungenen Fallbearbeitung JuS 2009, S. 289 ff.
Böhmer, Emil	Zur Haftungsbeschränkung bei Gemeinschaften NJW 1959, S. 1713 f.
Böhmer, Emil	Haftungsrecht, BGB §§ 705, 708 VersR 1960, S. 943 f.
Böhmer, Emil	Haftungserleichterung für Kraftfahrer nach § 708 BGB? MDR 1961, S. 21 f.
Böhmer, Emil	§ 1359 Ist bei Kraftfahrzeugdelikten nicht anzuwenden MDR 1965, S. 712 f.
Böhmer, Emil	Diligentia quam in suis im Kraftwagenverkehr? NJW 1969, S. 595 f.
Bosch, F.W.	Anmerkung zum Urteil des OLG Oldenburg vom 26.03.1986 FamRZ 1986, S. 676 f.
Brandenburg, Hans-F.	Die Haftung des Gesellschafters im Luftverkehr – BGH, LM § 708 BGB Nr. 1a JuS 1974, S. 16 ff.
Brox, Hans Walker, Wolf-Dietrich	Allgemeines Schuldrecht 34. Auflage, 2010 C. H. Beck Verlag, München
Brox, Hans Walker, Wolf-Dietrich	Besonderes Schuldrecht 35. Auflage, 2011 C. H. Beck Verlag, München
Brox, Hans Walker, Wolf-Dietrich	Erbrecht 24. Auflage 2010 Franz Vahlen Verlag, München

Brüggemeier, Gert	Haftungsrecht Struktur, Prinzipien, Schutzbereich Ein Beitrag zur Europäisierung des Privatrechts Springer Verlag, Heidelberg 2006
Brüggemeier, Gert	Deliktsrecht 1. Auflage 1986 Nomos Verlag, Baden-Baden
Bucher, Eugen	Rechtsüberlieferung und heutiges Recht ZEuP 2000 S. 394 ff
Bundestagsdrucksachen	Band 183 Verhandlungen des Deutschen Bundestages 7. Wahlperiode Drucksachen 7/1281 – 7/1440 Bonn 1973
Bundestagsdrucksachen	Band 652 Verhandlungen des Deutschen Bundestages 14. Wahlperiode Drucksachen 14/3681 – 14/3820 Berlin 2000
Bundestagsdrucksachen	Band 673 Verhandlungen des Deutschen Bundestages 14. Wahlperiode Drucksachen 14/5990 – 14/6050 Berlin 2001
Bundestagsdrucksachen	Band 684 Verhandlungen des Deutschen Bundestages 14. Wahlperiode Drucksachen 14/7041 – 14/7125 Berlin 2001
Bundestagsdrucksachen	Band 805 Verhandlungen des Deutschen Bundestages 16. Wahlperiode Drucksachen 16/3930 – 16/3981 Berlin 2006
Bundestagsdrucksachen	Band 868 Verhandlungen des Deutschen Bundestages 16. Wahlperiode Drucksachen 16/11643 – 16/11770 Berlin 2009

Canaris, Claus-Wilhelm	Die Feststellung von Lücken im Gesetz Duncker & Humblot Verlag, Berlin 1964
Canaris, Claus-Wilhelm	Ansprüche wegen „positiver Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte“ bei nichtigen Verträgen JZ 1965, S. 475 ff.
Canaris, Claus-Wilhelm	Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien JZ 1993, S. 377 ff.
Canaris, Claus-Wilhelm	Schuldrechtsreform 2002 Zusammengestellt und eingelei- tet von Claus-Wilhelm Canaris C.H. Beck Verlag, München, 2002
Canaris, Claus-Wilhelm	Falsches Geschichtsbild von der Rechtsperversion im Nationalsozialismus“ durch ein Porträt von Karl Larenz? JZ 2011, S. 879 ff.
Christensen, Guido	Gestörter Gesamtschuldnerausgleich bei fa- milienrechtlicher Haftungsbeschränkung MDR 1989, S. 948 ff.
Clauß, Karl	Haftungsbeschränkung zwischen Gemeinschaftsangehörigen im Arbeits- Dienst- und Familienrecht NJW 1959, S. 1408 ff.
Coing, Helmut	Juristische Methodenlehre Walter de Gruyter Verlag, Berlin 1972
Dauner-Lieb, Barbara (Hrsg.)	Das Neue Schuldrecht Ein Lehrbuch § 5 Bearbeitet von Hager, Johannes 2002 C.F. Müller Verlag, Heidelberg
Deckert, Martina R.	Ökonomische Aspekte in der Rechtsanwendung JA 1996, S. 712 ff.
Derleder, Peter	Die vollharmonisierende Europäisierung des Rechts der Zahlungsdienste und des Verbraucherkredits NJW 2009, S. 3195 ff.
Deutsch, Erwin	Haftungsrecht Erster Band: Allgemeine Lehren 2. Auflage 1996 Carl Heymanns Verlag KG, Köln

Deutsch, Erwin	Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt Eine privatrechtliche Untersuchung Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 1963
Deutsch, Erwin	Abschied von der culpa in concreto? – BGH VersR 1960, 802 und BGHZ 43, 313 JuS 1967, S. 496 ff.
Deutsch, Erwin	Die Fahrlässigkeit als Außerachtlassung der äußeren und inneren Sorgfalt JZ 1988, S. 993 ff.
Deutsch, Erwin	Haftungserhebliche Standards JZ 1997, S. 1030 ff.
Deutsch, Erwin	Die Fahrlässigkeit im neuen Schuldrecht AcP 2002 (202), S. 889 ff.
Deutsch, Erwin Ahrens, Hans-Jürgen	Deliktsrecht 5. Auflage 2009 Carl Heymanns Verlag, Köln
Diederichsen, Uwe	Haftungsfreistellungen zwischen Familienangehörigen VersR 1983, Beiheft S. 141 ff.
Diederichsen, Uwe	Rechtsprobleme der nichtehelichen Lebensgemeinschaft FamRZ 1988, S. 889 ff.
Dietrich, Peter	Auftragslose Hilfeleistung in gefährlichen Situationen JZ 1974, S. 535 ff.
Dietz, Rolf	Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt Ludwig Röhrscheid Verlag, Bonn, 1934
Döpp, Wolfgang	Die diligentia quam in suis bei Schädigungen im Straßenverkehr JR, 1969, S. 14 ff.
Döpp, Wolfgang	Die Fahrlässigkeit im Kraftwagenverkehr und § 708 BGB NJW 1969, S. 1472.
Duden	Band 10 Bedeutungswörterbuch 4. Auflage, 2010 Dudenverlag, Mannheim, Zürich
Eichler, Hermann	Die Konkurrenz der vertraglichen und de- liktischen Haftung im deutschen Recht AcP 162 (1963) S. 401 ff.

Eidenmüller, Horst	Effizienz als Rechtsprinzip Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 3. Auflage 2005
Engisch, Karl	Der Begriff der Rechtslücke Eine analytische Studie zu Wilhelm Sauers Methodenlehre In: Festschrift für Wilhelm Sauer Walter de Gruyter Verlag, Berlin, 1949
Engisch, Karl	Einführung in das juristische Denken 10. Auflage 2005 Kohlhammer Verlag, Stuttgart
Enneccerus, Ludwig Kipp, Theodor Wolff, Martin	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Erster Band Erste Abteilung Einleitung, Allgemeiner Teil R.G. Elwert'sche Verlagsbuchhandlung (G. Braun) Marburg 15. – 17. Auflage 8. Bearbeitung 1921 30. – 34. Auflage 12. Bearbeitung 1928
Enneccerus, Ludwig Kipp, Theodor Wolff, Martin	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Erster Band Zweite Abteilung Recht der Schuldverhältnisse und Register R.G. Elwert'sche Verlagsbuchhandlung (G. Braun) Marburg 9. – 11. Auflage 6. Bearbeitung 1914 23. – 27. Auflage 10. Bearbeitung 1927
Enneccerus, Ludwig Kipp, Theodor Wolff, Martin	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Zweiter Band Erste Abteilung Das Sachenrecht R.G. Elwert'sche Verlagsbuchhandlung (G. Braun) Marburg 23. – 26. Auflage 7. Bearbeitung 1927

Enneccerus, Ludwig Kipp, Theodor Wolff, Martin	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Das Familienrecht Zweiter Band, zweite Abteilung R. G. Elwert'sche Verlagsbuchhandlung, Marburg 12. – 14 Auflage 4. Bearbeitung 1923
Erman	Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar Herausgeber: Harm Peter Westermann 13. Auflage 2011 OVS Verlag, Köln Band I §§ 1- 758
Erman	Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar Herausgeber: Harm Peter Westermann 13. Auflage 2011 OVS Verlag, Köln Band II §§ 759 - 2385
Esser, Josef	Grundsatz und Norm 4. Auflage 1990 J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Verlag, Tübingen
Esser, Josef Schmidt, Eike	Schuldrecht Band I Allgemeiner Teil Teilband I Entstehung, Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnissen 7. Auflage 1992 C.F. Müller Verlag, Heidelberg
Esser, Josef Schmidt, Eike	Schuldrecht Band I Allgemeiner Teil Teilband 2 Durchführungshindernisse und Vertragshaftung, Schadensausgleich und Mehrseitigkeit beim Schuldverhältnis 8. Auflage 2000 C.F. Müller Verlag, Heidelberg
Esser, Josef Weyers, Hans-Leo	Schuldrecht Band II Besonderer Teil Teilband 1 8. Auflage, 1998 C.F. Müller Verlag, Heidelberg

Esser, Josef Weyers, Hans-Leo	Schuldrecht Band II Besonderer Teil Teilband 2 8. Auflage, 2000 C.F. Müller Verlag, Heidelberg
Faust, Florian	Anmerkung zu BGH NJW 2008, S. 1591 ff. JuS 2008, S. 838 ff.
Fest, Timo	Der Einfluss der rücktrittsrechtlichen Wertungen auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung nichtiger Verträge C.H. Beck Verlag, München, 2006
Fezer, Karl-Heinz	Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property rights approach JZ 1986, S. 817 ff.
Fikentscher, Wolfgang Heinemann, Andreas	Schuldrecht 10. Auflage 2006 De Gruyter Verlag, Berlin
Fischer, Christian	Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2007
Foerste, Ulrich	Verdeckte Rechtsfortbildung in der Zivilgerichtsbarkeit JZ 2007, S. 122 ff.
Frank, Rainer Helms, Tobias	Erbrecht 5. Auflage 2010 C.H. Beck Verlag, München
Franzen, Martin	Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft Walter de Gruyter Verlag, Berlin 1999
Fricke, W.	Anmerkung zu OLG Frankfurt, Urteil vom 6.4.1976 MDR 1977, S. 315.
Fuchs, Maximilian	Deliktsrecht Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung des Rechts der unerlaubten Handlungen und der Gefährdungshaftung 6. Auflage 2005 Springer Verlag, Heidelberg
Gaier, Reinhard	Das Rücktritts(folgen)recht nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz WM 2002, S. 1 ff.
Gehrlein, Markus	Vertragliche Haftung für Gefälligkeiten VersR 2000, S. 415 ff.

Gerhardt, Walter	Der Haftungsmaßstab im gesetzlichen Schuldverhältnis (Positive Vertragsverletzung und culpa in contrahendo) JuS 1970, S. 597 ff.
Gernhuber, Joachim Coester-Waltjen, Dagmar	Familienrecht 6. Auflage 2010 C.H. Beck Verlag, München
v. Gierke, Otto	Schuld und Haftung Im älteren deutschen Recht Untersuchung zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte Scientia Verlag, Aalen, 1969 Neudruck der Ausgabe Breslau 1910
Giesen, Dieter	Grundsätze der Konfliktlösung im Besonderen Schuldrecht Das Recht der fremdnützigen Geschäftsbesorgung (Teil 2a: Geschäftsführung ohne Auftrag: die echte berechnigte GoA) JURA 1996, S. 288 ff
Gursky, Karl-Heinz	Die Haftung des Notgeschäftsführers – BGH NJW 1972, 475 JuS 1972, S. 637 ff.
Grundmann, Stefan	Zur Dogmatik der unentgeltlichen Rechtsgeschäfte AcP 198 (1998), S. 457 ff.
Grunewald, Barbara	Gesellschaftsrecht 7. Auflage, 2008 Mohr Siebeck Verlag, Tübingen
Grunewald, Barbara	Handbuch des Schuldrechts Kaufrecht Herausgegeben von: Joachim Gernhuber Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2006
Grunewald, Barbara	Der Umfang der Haftungsmilderung für den Schuldner im Annahmeverzug des Gläubigers In: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris Zum 70. Geburtstag S. 331 ff Herausgegeben von: Andreas Heldrich, Jürgen Prölss, Ingo Koller Band I C. H. Beck Verlag, München 2007
Habscheid, Edgar J.	Die Pflicht zur Beachtung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen JR 1999, S. 98 ff.

Hager, Johannes	In: Zivilrechtswissenschaften und Schuldrechtsreform Ernst, Wolfgang (Hrsg.) Zimmermann, Reinhard (Hrsg.) Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2001
Hager, Johannes	Die Wert- und Schadensersatzansprüche beim Rücktritt In: Festschrift für Hans-Joachim Musielak, S. 193 ff. Herausgegeben von: Christian Heinrich C.H. Beck Verlag, München, 2004
Harzer, Regina	Die tatbestandsmäßige Situation der Unterlassenen Hilfeleistung gemäß § 323 c StGB Ein Beitrag zur Theorie des Besonderen Teils des Strafrechts Juristische Abhandlungen Herausgegeben von: Wolfgang Naucke Band XXXII Vittorio Klostermann Verlag, Frankfurt am Main, 1999
Hassold, Gerhard	Wille des Gesetzgebers oder objektiver Sinn des Gesetzes – Subjektive oder objektive Theorie der Gesetzesauslegung ZZP 1981, S. 192 ff.
Hassemer, Winfried	Gesetzesbindung und Methodenlehre ZRP 2007, 213
Häuser, Franz	Zur Haftungsordnung bei kompetenzwidri- ger Geschäftsführung eines Gesellschafters ei- ner Personalgesellschaft, S. 147 ff. In: Festschrift für Alfons Kraft Zum 70. Geburtstag Herausgegeben von: Hönn, Konzen, Kreutz Luchterhand Verlag, Neuwied 1998
Hausmaninger, Herbert	Diligentia quam in suis, S. 265 ff. In: Festschrift für Max Kaser Zum 70. Geburtstag Herausgegeben von: Dieter Medicus, Hans Hermann Seiler C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung München 1976
Hauss, Fritz	Der Haftpflichtschutz für Kraftfahrzeuginsassen in der neuen Rechtsprechung, S. 345 ff. In: Festschrift für Philipp Möhring Zum 65. Geburtstag 4. September 1965 Herausgegeben von: Wolfgang Hefermehl und Hans Carl Nipperdey C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung München und Berlin 1965

Heck, Philipp	Gesetzesauslegung und Interessensjurisprudenz Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 1914
Heidel, Ulrich	Wirkungen von Haftungsbeschränkungen auf die Entstehung von Gesamtschuldverhältnissen unter besonderer Berücksichtigung versicherungsrechtlicher Probleme Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät an der Universität zu Köln Vorgelegt von Ulrich Heidel, aus Immekeppel Untergründemich 1975
Heller, Norbert	Der Haftungsmaßstab der „diligentia quam in suis“ Inaugural-Dissertation Zur Erlangung des Grades eines Doktor iuris utriusque der Hohen Juristischen Fakultät der Bayerischen Julius-Maximilian-Universität zu Würzburg Vorgelegt von Dipl.-Kfm. Norbert Heller Würzburg 1989
Henssler, Martin	Treuhandgeschäft – Dogmatik und Wirklichkeit AcP 196 (1996), S. 37 ff.
Henssler, Martin Strohn, Lutz	Kommentar zum Gesellschaftsrecht 1. Auflage 2011 C. H. Beck Verlag, München
Herzberg, Rolf D.	Kritik der teleologischen Gesetzesauslegung NJW 1990, S. 2525 ff.
Hirsch, Günter	Der Richter wird's schon richten ZRP 2006, S. 161.
Hirsch, Günter	Auf dem Weg zum Richterstaat? Vom Verhältnis des Richters zum Gesetzgeber in unserer Zeit JZ 2007, S. 853 ff.
Hoffmann, Hans-Joachim	Die Abstufung der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte Unter besonderer Berücksichtigung der culpa levissima Neue Kölner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen Herausgegeben von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln Heft 54 Walter de Gruyter & Co. Verlag, Berlin 1968
Hoffmann, Hans-Joachim	Die Fragwürdigkeit der Haftung für die diligentia quam in suis NJW 1967, S. 1207 ff.

Honsell, Heinrich	Mortuus redhibetur S. 575 ff. In: Festschrift für Paul Schwerdtner Herausgegeben von: Jobst-Hubertus Bauer und Dietrich Boewer Luchterhandverlag, München 2003
Honsell, Heinrich	Die EU-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und ihre Umsetzung ins BGB JZ 2001, 278 ff.
Honsell, Thomas	Die beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit im gegenseitigen Vertrag JuS 1979, S. 81 ff
Hueck, Alfred	Das Recht der offenen Handelsgesellschaft Systematisch dargestellt 4. Auflage 1971, Walter de Gruyter Verlag, Berlin, New York
Hueck, Götz	Gesellschaftsrecht 19. Auflage 1991 C. H. Beck Verlag, München
Jakobs, Horst Heinrich (Hrsg.) Schubert, Werner (Hrsg.)	Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs In systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen Recht der Schuldverhältnisse I, §§ 241 - 432 Walter de Gruyter Verlag, Berlin, 1978
Jakobs, Horst Heinrich (Hrsg.) Schubert, Werner (Hrsg.)	Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs In systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen Recht der Schuldverhältnisse II, §§ 433 - 651 Walter de Gruyter Verlag, Berlin, 1980
Jakobs, Horst Heinrich (Hrsg.) Schubert, Werner (Hrsg.)	Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs In systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen Recht der Schuldverhältnisse III, §§ 652 - 853 Walter de Gruyter Verlag, Berlin, 1983
Jakobs, Horst Heinrich (Hrsg.) Schubert, Werner (Hrsg.)	Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs In systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen Familienrecht II, §§ 1564 - 1921 Walter de Gruyter Verlag, Berlin, 1989

Janson, Gunnar	Ökonomische Theorie im Recht Anwendbarkeit und Erkenntniswert im allgemeinen und am Beispiel des Arbeitsrechts Duncker & Humblot Verlag, Berlin 2004
Jauernig, Othmar (Hrsg.)	Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar 14. Auflage C.H. Beck Verlag, München 2011
Juris Praxiskommentar BGB	Band 3 Sachenrecht Gesamtherausgabe: Maximilian Herberger, Michael Martinek, Helmut Rüßmann, Stephan Weth Herausgeber: Michael Martinek 4. Auflage 2009 Juris GmbH Saarbrücken
Kaiser, Dagmar	Die Rechtsfolgen des Rücktritts in der Schuldrechtsreform JZ 2001, S. 1057 ff.
Kaser, Max	Das römische Privatrecht I Das altrömische, das vorklassische und das klassische Recht C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1971
Kaser, Max	Das römische Privatrecht II Die Nachklassischen Entwicklungen C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1975
Kamanabrou, Sudabeh	Haftung des Rücktrittsberechtigten bei Untergang der empfangenen Leistung NJW 2003, S. 30 f.
Katzenmeier, Christian	Überlagerung des Schadensrechts durch das Versicherungsrecht VersR 2002, S. 1449 ff.
Kaufmann, Arthur (Hrsg.) Hassemer, Winfried (Hrsg.) Neumann, Ulfried	Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart 8. Auflage 2010 (bzw. 6. Auflage 1994) C. F Müller Verlag, Heidelberg

Kirchhof, Paul	Rechtsprechen ist mehr als ein Nachsprechen des Vorgesprochenen In: Institut für deutsche Sprache Jahrbuch 2001 Sprache und Recht S. 119 ff. Herausgegeben von Ulrike Haß-Zumkehr De Gruyter Verlag, Heidelberg 2002
Kirchner, Christian	Ökonomische Analyse des Rechts. Interdisziplinäre Zusammenarbeit von Ökonomie und Rechtswissenschaft S. 62 ff in: Assmann/Kirchner/Schanze Assman, Heinz-Dieter Kirchner, Christian Schanze, Erich Ökonomische Analyse des Rechts Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 1993
Kirchner, Christian	Ökonomische Theorie des Rechts Walter de Gruyter Verlag, Berlin 1997
Klunzinger, Eugen	Grundzüge des Gesellschaftsrechts 15. Auflage 2009 Vahlen Verlag, München
Knütel, R.	Anmerkung zu BGH Urt. vom 24.4.1979 JR 1980, S. 20 ff
Kohler, Jürgen	Das Rücktrittsrecht in der Reform JZ 2001, 325 ff
Kohler, Jürgen	Rücktrittsrechtliche Schadensersatzhaftung JZ 2002, 1127 ff.
Kohler, Jürgen	Die rücktrittsrechtlichen Haftungskriterien zwischen Schuld- und Sachenrecht AcP 206 (2006), 681 ff
Kohler-Gehring, Eleonora	Die Fundbehörde VBlBW, 1995, S. 377 ff.
Koller, Ingo	Das Haftungsprivileg des Geschäftsbesorgers gem. §§ 664 Abs. 1 Satz 2, 675 ZIP 1985, S. 1243 ff.

Konzen, Horst	Schuldrechtsreform, Rücktritt und Wegfall der Bereicherung bei gescheiterten Austauschverhältnissen S. 605 ff. In: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris Zum 70 Geburtstag Herausgegeben von: Andreas Heldrich, Jürgen Prölss, Ingo Koller Band I C. H. Beck Verlag, München 2007
Kötz, Hein	Sozialer Wandel im Unfallrecht C. F. Müller Verlag, Karlsruhe und Heidelberg 1976
Kötz, Hein Wagner, Gerhard	Deliktsrecht 11. Auflage, 2010 Franz Vahlen Verlag, München
v. Kübel, Franz Philipp	In: Die Vorlagen der Redaktion für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches Recht der Schuldverhältnisse TEIL 2 Besonderer Teil Herausgegeben von: Werner Schubert Walter de Gruyter Verlag & Co. Berlin, New York, 1980
Kübler, Friedrich	Anm. zu BVerfGE 34, 269 ff. JZ 1973, S. 667 f.
Kudlich, Hans	Die Kanones der Auslegung als Hilfsmittel für die Entscheidung von Bedeutungskonflikten JA 2004, S. 74 ff.
Kunschert, Adalbert	Die Haftung des Kfz-Halters gegenüber seinem Partner und seinem Kind als Insassen NJW 2003, S. 950 f.
Lange, Heinrich Kuchinke, Kurt	Erbrecht 5. Auflage 2011 C.H. Beck Verlag, München
Lange, Hermann Schiemann, Gottfried Gernhuber, Joachim (Hrsg.)	Handbuch des Schuldrechts Schadensersatz 3. Auflage 2003 Mohr Siebeck Verlag, Tübingen
Larenz, Karl	Methodenlehre der Rechtswissenschaft 4. Auflage 1979 Springer-Verlag, Heidelberg

Larenz, Karl Wolf, Manfred	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts 9. Auflage 2004 C.H. Beck Verlag, München
Larenz, Karl	Lehrbuch des Schuldrechts Erster Band Allgemeiner Teil 14. Auflage 1987 C. H. Verlag, München
Larenz, Karl	Lehrbuch des Schuldrechts Zweiter Band Besonderer Teil 1. Halbband 13. Auflage, 1986 C. H. Beck Verlag, München
Larenz, Karl Canaris, Claus-Wilhelm	Lehrbuch des Schuldrechts Zweiter Band Besonderer Teil 2. Halbband 13. Auflage, 1994 C. H. Beck Verlag, München
Larenz, Karl	Zum Haftungsprivileg des § 708 BGB S. 299 ff. In: Festschrift für Harry Westermann Zum 65. Geburtstag Herausgegeben von: Wolfgang Hefermehl, Rudolf Gmür, Hans Brox Verlag C.F. Müller – Karlsruhe 1974
Lautmann, Rüdiger	Freie Rechtsfindung und Methodik der Rechtsanwendung Dissertation 1967
Leenen, Detlef	Pflichtverletzungen und Risikozuordnungen im neuen Schuldrecht S. 369 ff. Festschrift für Helmut Schirmer Ein Leben mit der Versicherungswissenschaft Herausgegeben von: Thomas Bielefeld, Sven Marlow Verlag Versicherungswirtschaft GmbH, Karlsruhe, 2005
Lieb, Manfred	Schadensersatz für Unfallopfer allein wegen Versicherungsschutz des schuldlosen Schädigers MDR 1995, S. 992 ff
Littbarski, Sigurd	Interpendenz zwischen Gefälligkeit, Haftung und Haftpflichtversicherung? VersR 2004, S. 950 ff.

Löhnig, Martin	Treuhand Interessenswahrnehmung und Interessenskonflikte Aus der Reihe Ius Privatum Beiträge zum privaten Recht Band 109 Mohr Siebeck Verlag, 2006
Looschelders, Dirk	Schuldrecht Allgemeiner Teil Academia Iuris Lehrbücher der Rechtswissenschaft 9. Auflage, 2011 Franz Vahlen Verlag, München
Looschelders, Dirk	Schuldrecht Besonderer Teil Academia Iuris Lehrbücher der Rechtswissenschaft 6. Auflage, 2011 Franz Vahlen Verlag, München
Looschelders, Dirk	Bewältigung des Zufalls durch Versicherungen? VersR 1996, S. 529 ff
Lorenz, Stephan	Grundwissen – Zivilrecht: Vertretenmüssen (§ 276 BGB) JuS 2007, S. 611 ff.
Lutz, Walter	Zur Frage der positiven Vertragsverletzung Inaugural-Dissertation Der hohen juristischen Fakultät der Universität Tübingen zur Erlangung der Doktorwürde Berlin 1907 Druck von Wilhelm Pilz, Landsberger Straße 108
Martinek, Michael	Grundfälle zum Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag JuS 1997, S. 612 ff.
Mauel, Joachim	Die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten - Ursprung, Zweck und Grenzen des Haftungsprivilegs – Inaugural Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln vorgelegt von Joachim Mauel aus Köln Köln 1985
Medicus, Dieter Petersen, Jens	Bürgerliches Recht Aus der Reihe: Academia Iuris Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung 22. Auflage, 2009 Carl Heymanns Verlag KG, Köln

Medicus, Dieter Lorenz, Stephan	Schuldrecht I Allgemeiner Teil 19. Auflage 2010 C. H. Beck Verlag, München
Medicus, Dieter Lorenz, Stephan	Schuldrecht II Besonderer Teil 15. Auflage 2010 C. H. Beck Verlag, München
Medicus, Dieter	Zur Anwendbarkeit des Allgemeinen Schuldrechts auf Schutzpflichten S. 835 ff. In: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris Zum 70 Geburtstag Herausgegeben von: Andreas Heldrich, Jürgen Prölss, Ingo Koller Band I C. H. Beck Verlag, München 2007
Medicus, Dieter	Zur Reichweite gesetzlicher Haftungsmilderungen S. 589 ff. In: Festschrift für Walter Odersky Zum 65. Geburtstag am 17. Juli 1996 Herausgegeben von: Reinhard Böttcher, Götz Hueck, Burkhard Jähnke Walter de Gruyter Verlag, Berlin 1996
Mertens, Klaus-Peter	Die Entscheidungsautonomie des Vorstandes und die „Basisdemokratie“ in der Aktiengesellschaft ZHR 147 (1983), S. 377 ff.
Michalski, Lutz	BGB – Erbrecht 4. Auflage 2010 C. F. Müller Verlag, Heidelberg

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich	Band I Allgemeiner Theil Amtliche Ausgabe J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, Berlin, 1888
	Band II Recht der Schuldverhältnisse Amtliche Ausgabe Zweite, unveränderte Ausgabe J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, Berlin, 1896
	Band III Sachenrecht Amtliche Ausgabe J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, Berlin und Leipzig, 1888
	Band IV Familienrecht Amtliche Ausgabe Zweite, unveränderte Ausgabe J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, Berlin, 1896
	Band V Erbrecht Amtliche Ausgabe Zweite, unveränderte Ausgabe J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, Berlin, 1896
Müller, Friedrich Christensen, Ralf	Juristische Methodik Band I Grundlagen Öffentliches Recht 8. Auflage 2002 Duncker & Humblot Verlag, Berlin
Müller-Graff, Peter-Christian	Haftungsrecht und Gesellschaftsrecht: Der Maßstab der diligentia quam in suis für den Geschäftsführer in Personengesellschaften AcP 191 (1991), S. 475 ff.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch	C. H. Beck Verlag, München
	Band 2
	Schuldrecht, Allgemeiner Teil
	§§ 241 – 432
	5. Auflage 2007
	Band 3
	Schuldrecht – Besonderer Teil
	§§ 433 – 610
	5. Auflage 2008
	Band 4
	Schuldrecht – Besonderer Teil II
	§§ 611 - 704
	5. Auflage 2009
	Band 5
	Schuldrecht – Besonderer Teil III
	§§ 705 - 853
	5. Auflage 2009
	Band 6
	Sachenrecht
	§§ 854 – 1296
	5. Auflage 2009
	Band 7 / 1. Halbband
	Familienrecht I
	§§ 1297 - 1588
	5. Auflage 2010
	Band 7 / 2. Halbband
	Familienrecht I
	Versorgungsausgleich
	LPartG
	5. Auflage 2010
	Band 8
	Familienrecht II
	§§ 1589 - 1921
	6. Auflage 2012
	Band 9
	Erbrecht
	§§ 1922 - 2385
	5. Aufl. 2010

Musielak, Hans-Joachim	Grundkurs BGB Eine Darstellung zur Vermittlung von Grundlagenwissen im bürgerlichen Recht mit Fällen und Fragen zur Lern- und Verständniskontrolle sowie mit Übungsklausuren 12. Auflage 2011 C. H. Beck Verlag, München
Neuner, Jörg	Die Rechtsfindung contra legem 2. Auflage 2005 C.H. Beck Verlag, München
Nomos Kommentar zum BGB Dauner-Lieb, Barbara (Hrsg.)	BGB Schuldrecht Band 2/1 2. Auflage 2012 Band 2/2 2. Auflage 2012 BGB Familienrecht Band 4 2. Auflage 2010 Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden
Oertmann, Paul	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Recht der Schuldverhältnisse 2. Auflage, 1906 Carl Heymanns Verlag, Berlin 4. Auflage 1910 Carl Heymanns Verlag, Berlin
Ott, Claus Schäfer, Hans-Bernd	Die ökonomische Analyse des Rechts – Irrweg oder Chance wissenschaftlicher Rechtserkenntnis? JZ 1988, S. 213 ff
Ott, Claus	Allokationseffizienz, Rechtsdogmatik und Rechtsprechung – die immanente Rationalität des Zivilrechtes In: Ott, Claus (Hrsg.) / Schäfer, Hans-Bernd (Hrsg.) Allokationseffizienz in der Rechtsordnung Beiträge zur ökonomischen Analyse des Zivilrechts S. 25 ff. Springer Verlag, Heidelberg 1989
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch Beck'sche Kurz-Kommentare 70. Auflage 2011 C. H. Beck Verlag, München
Pawlowski, Hans-Martin	Methodenlehre für Juristen 3. Auflage 1999 C.F. Müller Verlag, Heidelberg

Perkams, Guido	Die Haftung des Rücktrittsberechtigten im neuen Schuldrecht JURA 2003, S. 150 ff.
Posner, Richard A.	Recht und Ökonomie: Eine Einführung S. 79 ff. Vertragliche Rechtspositionen und Rechtsbehelfe S. 184 ff. in: Assmann/Kirchner/Schanze Assman, Heinz-Dieter Kirchner, Christian Schanze, Erich Ökonomische Analyse des Rechts Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 1993
Protokolle Der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches Im Auftrage des Reichs-Justizamtes Bearbeitet von Dr. Achilles, Dr. Gebhard, Dr. Spahn	Band I Allgemeiner Theil Und Recht der Schuldverhältnisse J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung GmbH, Berlin 1897 Band II Recht der Schuldverhältnisse J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung GmbH, Berlin 1898 Band III Sachenrecht J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung GmbH, Berlin 1899 Band IV Familienrecht J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung GmbH, Berlin 1897 Band V Erbrecht J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung GmbH, Berlin 1899
Prölss, Erich Martin, Anton Knappmann, Ulrich	Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz Kommentar zum VVG mit Erläuterungen zu den wichtigeren Versicherungsbedingungen 24. Auflage 1988 C. H. Beck Verlag, München
Prütting, Hanns	Sachenrecht 33. Auflage 2008 C. H. Beck Verlag, München

Radbruch, Gustav	Rechtsphilosophie K.F. Köhler Verlag, Stuttgart 6. Auflage 1963
Radbruch, Gustav	Rechtsphilosophie Studienausgabe Dreier, Ralf (Hrsg.) Paulson, Stanley S. (Hrsg.) 2. Auflage 2003 C.F. Müller Verlag, Heidelberg
Rehbinder, Manfred	Zur Rechtsqualität des Richterspruchs im System kodifizierten Rechts JuS 1991, S. 542 ff.
Reiners, Friedrich	Haftungserleichterung für Kraftfahrer nach § 708 BGB? MDR 1961, S. 650 f.
Reischl, Klaus	Grundfälle zum neuen Schuldrecht JuS 2003, S. 667 ff
RGRK - Das Bürgerliche Gesetzbuch Mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichtes und Bundesgerichtshofes Kommentar her- ausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern Walter de Gruyter Verlag, Berlin	Band I, 2. Teil Recht der Schuldverhältnisse, §§ 241 - 432 11. Auflage 1960 Band II, 1. Teil Einzelne Schuldverhältnisse, §§ 433 - 704 11. Auflage 1959 Band II, 2. Teil Einzelne Schuldverhältnisse, §§ 705 - 853 11. Auflage 1960 Band IV, 2. Teil Familienrecht, §§ 1589-1634, 1638- 1649, 1664, 1666-1698, 1705-1922 10. und 11. Auflage 1964 Band V, 2. Teil Erbrecht §§ 2147 - 2385 11. Auflage 1961
Rheinländer, Peter	Die Haftung des Zurücktretenden bei Kenntnis der Rücktrittsberechtigung ZGS 2004, S. 178 ff.
Röhl, Klaus	Zur Abgrenzung der groben von der ein- fachen Fahrlässigkeit JZ 1974, S. 521 ff.

Roth, Herbert	Rücktritt und Leistungskondiktion S. 1131 ff. In: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris Zum 70 Geburtstag Herausgegeben von: Andreas Heldrich, Jürgen Prölss, Ingo Koller Band I C. H. Beck Verlag, München 2007
Rother, Werner	Haftungsbeschränkungen im Schadensrecht Als Habilitationsschrift auf Empfehlung der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilian-Universität München mit Unterstützung der deutschen Forschungsgemeinschaft C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin 1965 gedruckt bei Georg Appl, Wemding
Rüthers, Bernd	Anleitung zum fortgesetzten methodischen Blindflug? NJW 1996, S. 1249 ff.
Rüthers, Bernd	Demokratischer Rechtsstaat oder olig- archischer Richterstaat? JZ 2002, S. 365 ff.
Rüthers, Bernd	Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz JZ 2006, S. 53 ff.
Rüthers, Bernd	Gesetzesbindung oder freie Methodenwahl? – Hypothesen zur einer Diskussion ZRP 2008, S. 48 ff.
Rüthers, Bernd	Personenbilder und Geschichtsbilder - Wege zur Umdeutung der Geschichte? Anmerkungen zu einem Larenz-Portrait JZ 2011, S. 593 ff.
Rüthers, Bernd Fischer, Christian	Rechtstheorie Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts Grundrisse des Rechts 5. Auflage, 2010 C. H. Beck Verlag, München
Sauer, Wilhelm	Juristische Methodenlehre Zugleich eine Einleitung in die Methodik der Geisteswissenschaften Ferdinand Enke Verlag, Stuttgart, 1940 Neudruck 1970 Scientia Verlag, Aalen

von Savigny, Friedrich Carl	System des heutigen römischen Rechts Band I 1840 Bei Veit und Comp., Berlin
Schäfer, Hans-Bernd	Allokationseffizienz als Grundprinzip des Zivilrechts In: Ott, Claus (Hrsg.) / Schäfer, Hans-Bernd (Hrsg.) Allokationseffizienz in der Rechtsordnung Beiträge zur ökonomischen Analyse des Zivilrechts S. 1 ff. Springer Verlag, Heidelberg 1989
Schäfer, Hans-Bernd Ott, Claus	Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts 4. Auflage, 2005 Springer Verlag, Heidelberg
Schellhammer, Kurt	Familienrecht nach Anspruchsgrundlagen Samt Verfahren in Familien-, Kindschafts- und Betreuungssachen 3. Auflage 2004 C.F. Müller Verlag, Heidelberg
Schellhammer, Kurt	Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen Samt BGB Allgemeiner Teil 7. Auflage 2008 C.F. Müller Verlag, Heidelberg
Schenke, Wolf-Rüdiger	Polizei- und Ordnungsrecht 7. Auflage 2011 C.F. Müller Verlag, Heidelberg
Scheibengruber, Christian	Zur Zulässigkeit und Sinnhaftigkeit der Verlagerung des Missbrauchsrisikos bei Zahlungsdiensten auf die Nutzer Ein Beitrag zur Analyse der Umsetzung der Zahlungsdiensterichtlinie in das BGB und die AGB der Banken BKR 2010, S. 15 ff.
Schlechtriem, Peter	Vertragsordnung und außervertragliche Haftung Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am Main 1972
Schlechtriem, Peter	Abgrenzungsfragen bei der positiven Vertragsverletzung VersR, 1973, S. 581 ff.
Schlechtriem, Peter	Anmerkung zu BGH 93, 23 ff. BB 1985, S. 1356 ff.
Schlechtriem, Peter	Schuldrecht, Besonderer Teil 4. Auflage 1995 J.C.B Mohr (Paul Siebeck) Verlag, Tübingen

Schlechtriem, Peter	In: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts Herausgegeben vom Bundesminister der Justiz Band II Bundesanzeiger Verlag, Köln, 1981 Vertragliche und außervertragliche Haftung Empfiehl es sich, das Verhältnis von vertraglicher und außervertraglicher Haftung durch den Gesetzgeber neu zu ordnen, die Bereiche beider Haftungsarten neu abzu- grenzen und ihre Ausgestaltung einander anzugleichen? S. 1591 ff.
Schmidt, Karsten	In: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts Herausgegeben vom Bundesminister der Justiz Band III Bundesanzeiger Verlag, Köln, 1983 Gesellschaft bürgerlichen Rechts Welche Änderungen und Ergänzungen sind im Recht der BGB-Gesellschaft geboten? S. 414 ff.
Schmidt, Karsten	Gesellschaftsrecht 4. völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2002 Carl Heymanns Verlag, Köln
Schmidt, Rudolf	Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1915
Schneider, David	Keine teleologische Reduktion von § 346 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BGB ZGS 2007, S. 57 ff
Schönke, Adolf Schröder, Horst	Kommentar zum Strafgesetzbuch 27. Auflage 2006 C. H Beck Verlag, München
Schreiber, Klaus	Haftung bei Gefälligkeits JURA 2001, S. 810 ff.
Schubert, W.	ANMERKUNG zu BGHZ 93, 23 ff JR 1985, S. 324 f.
Schulze, Reiner	Streitfragen im neuen Schuldrecht JuS 2004, S. 366 ff.
Schumann, Ekkehard	Das Rechtsverweigerungsverbot Historische und methodologische Bemerkungen zur richterlichen Pflicht, das Recht auszu- legen, zu ergänzen und fortzubilden ZZP 81 (1968), S. 79 ff.

Schütz, Eckhard	Die „Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten“ des Gesellschafters für den Bereich des Straßenverkehrs VersR 1968, S. 633 f.
Schwab, Dieter Löhnig, Martin	Einführung in das Zivilrecht einschließlich BGB Allgemeiner Teil 17. Auflage 2007 CF. Müller Verlag, Heidelberg
Schwab, Dieter	Familienrecht Reihe: Grundrisse des Rechts 18. Auflage, 2010 C. H. Beck Verlag, München
Schwab, Martin	Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – die Rückabwicklung von Verträgen nach §§ 346 ff. BGB n.F. JuS 2002, S. 630 ff
Schwarz, Günter Christian Wandt, Manfred	Gesetzliche Schuldverhältnisse 3. Auflage 2009 Franz Vahlen Verlag, München
Schwerdtner, Peter	Zum Ersatz des Schadensfreiheitsrabattes bei der Haftpflichtversicherung Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Gefälligkeitshandlungen und Rechtsgeschäften NJW 1971, S. 1673 ff.
Schwintowski Hans-Peter	Ökonomische Theorie des Rechts JZ 1998, S. 581 ff.
Seybold, Eberhard Wendt, Henning	Schafft Deckung doch Haftung? – Eine Erinnerung an das Trennungsprinzip VersR 2009, S. 455 ff.
Staub, Hermann	Die positiven Vertragsverletzungen Herausgegeben und ergänzt von Gerhard Müller J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, Berlin, 1913
Stoll, Hans	Anmerkung zu BGH Urteil v. 5.3.1963 JZ 1964, S. 61 ff.
Stoll, Hans	Anmerkung zu BGHZ 93, 23 ff JZ 1985, S. 384 ff

Soergel	Band 2
Bürgerliches Gesetzbuch	Schuldrecht I
W. Kohlhammer	§§ 241 - 432
Verlag, Stuttgart	12. Auflage 1990
	Band 5/3
	Schuldrecht 3/3
	§§ 328 – 432
	13. Auflage 2010
	Band 4/1
	Schuldrecht III/1
	§§ 516 - 651
	12. Auflage 1997
	Band 8
	Schuldrecht 6
	§§ 535 - 610
	13. Auflage 2007
	Band 4/2
	Schuldrecht III/2
	§§ 651 a – 704
	12. Auflage 1999
	Band 5/1
	Schuldrecht IV/1
	§§ 705 – 822
	12. Auflage 2007
	Band 12
	Schuldrecht 10
	§§ 823 - 853
	13. Auflage 2005
	Band 14
	Sachenrecht 1
	§§ 854 - 984
	13. Auflage 2002
	Band 7
	Familienrecht I
	§§ 1297 - 1588
	12. Auflage 198

Soergel Bürgerliches Gesetzbuch W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart	Band 8 Familienrecht II §§1589 - 1921 12. Auflage 1987
	Band 22 Erbrecht II §§ 2064 - 2273 13. Aufl. 2003
Staudinger J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Sellier – de Gruyter – Berlin	§ 241: Olzen, Dirk Neubearbeitung 2005
	§ 251: Schiemann, Gottfried Neubearbeitung 2005
	§§ 276, 277: Löwisch, Manfred / Caspers, Georg Neubearbeitung 2009
	§ 300: Löwisch, Manfred / Feldmann, Cornelia Neubearbeitung 2009
	§ 346: Kaiser, Dagmar Neubearbeitung 2004
	§§ 414 ff: Rieble, Volker Neubearbeitung 2005
	§§ 488: Freitag, Robert / Müllbert, Peter Neubearbeitung 2005
	§§ 521, 523, 524: Wimmer-Leornhardt, Susanne Neubearbeitung 2005
	§§ 599, 600: Reuter, Dieter Neubearbeitung 2005
	§§ 607 ff: Freitag, Robert Neubearbeitung 2011
	§§ 662 ff: Martinek, Michael Neubearbeitung 2006
	§§ 677 ff: Bergmann, Andreas Neubearbeitung 2006

Staudinger J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Sellier – de Gruyter – Berlin	§ 690: Reuter, Dieter Neubearbeitung 2006
	§ 708: Habermeier, Stefan Neubearbeitung 2003
	§§ 765 ff: Horn, Norbert Neubearbeitung 1997
	§ 780: Marburger, Peter Neubearbeitung 2009
	§§ 759 ff.: Mayer, Jörg Neubearbeitung 2008
	§ 823: Hager, Johannes Neubearbeitung 2009
	§ 968: Gursky, Karl-Heinz Neubearbeitung 2011
	§ 1359: Voppel, Rheinhard Neubearbeitung 2007
	§ 1664: Engler, Helmut Neubearbeitung 2009
	§§ 1733 ff. Engler, Helmut Neubearbeitung 2004
	§ 2131: Avenaruis, Martin Neubearbeitung 2003
	LPartG: Voppel, Reinhard Neubearbeitung 2010
<hr/>	
Steingass, Helga	Der Einfluß gesetzlicher Haftungsbeschränkungen auf § 823 Abs. 1 BGB VersR 1965, 550 ff.

Steininger, Klaus	Die deliktische Haftung zwischen Ehegatten Ein Beitrag insbesondere zur Problematik des § 1359 BGB Dissertation Zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Hamburg Vorgelegt von Klaus Steininger aus Chemnitz Hamburg, 1970
Stiefel, Ernst Hofmann, Edgar	Kraftfahrtversicherung AKB Kommentar 16. Auflage 1995 C.H. Beck Verlag, München
Sundermann, Werner	Schadensausgleich bei Mitschädigung Minderjähriger durch Vernachlässigung der Aufsichtspflicht und el- terliches Haftungsprivileg (§ 1664 Abs. 1 BGB) JZ 1989, S. 927 ff.
Tatzel, Otto	Die diligentia quam in suis im ehelichen Verhältnis Eine Untersuchung des § 1359 BGB Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde eine Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät (Rechtswissenschaftliche Abteilung) der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen vorgelegt von Otto Tatzel aus Saitz Industrie-Druck Geislingen, 1970
Thiele, Wolfgang	Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung Zur Einordnung der Schutzpflichtverletzungen in das Haftungssystem des Zivilrechts JZ 1967, S. 649 ff
Thier, Andreas	Rücktrittsrecht und Bereicherungshaftung: Zur Reichweite von § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB und seinen Wirkungen für die bereicherungsrechtli- che Rückabwicklung gegenseitiger Verträge S. 439 ff. In: Festschrift für Andreas Heldrich Zum 70. Geburtstag Herausgegeben von: Stephan Lorenz, Alexander Trunk, Horst Eidenmüller, Christiane Wendehorst, Johannes Adolff C.H. Beck Verlag, München 2005

Towfigh, Emanuel V. Petersen, Niels	Ökonomische Methoden im Recht Eine Einführung für Juristen Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2010
Vogel, Joachim	Juristische Methodik Ein Studienbuch Walter de Gruyter Verlag, Berlin 1998
Wacke, A.	Das Rechtssprichwort des Monats: Diligentia quam in suis rebus adhibere solet JA 1981, S. 400 ff.
Wagner, Gerhard	Mortuus Redhibetur im neuen Schuldrecht? S. 591 ff. In: Festschrift für Ulrich Huber Zum siebzigsten Geburtstag Herausgegeben von: Theodor Baums und Johannes Wertenbruch im Gemeinschaft mit Marcus Lutter und Karsten Schmidt Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2006
Wandt, Manfred	Versicherungsrecht 5. Auflage 2010 Carl Heymanns Verlag, Köln
Wank, Rolf	Die Auslegung von Gesetzen 5. Auflage 2011 Vahlen Verlag, München
Wank, Rolf	Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung Schriften zur Rechtstheorie Heft 74 Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1978
Warneyer, Otto	Das Bürgerliche Gesetzbuch Kommentar Band I 5. Auflage 1928 Roß'bergsche Verlagsbuchhandlung, Leipzig
Weger, Martin	Haftungsgrundlagen bei kompetenzwid- riger Geschäftsführung im Personen- und Kapitalgesellschaftsrecht Ein Beitrag zur Transformation des bürgerlich- rechtlichen Rechtsinstitut der Geschäftsführung ohne Auftrag in das Gesellschaftsrecht Inaugural Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde Der Bayerischen Julius-Maximilian-Universität Würzburg Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main 2003

Weimar, Wilhelm	Haftungsbeschränkungen und Haftungsverzicht unter Ehegatten und ihre Auswirkung auf mithaftende Gesamtschuldner MDR 1959, S. 177 f.
Weimar, Wilhelm	Rechtsfragen zum Fundrecht JR 1977, S. 498 ff.
Weitnauer, Hermann	Anmerkung zu OLG Koblenz NJW 1962, S. 1515 ff. Schadensverursachung bei Aufmerksammachen auf Gefahrenlagen NJW 1962, S. 1517.
Werkmeister, Christoph	Anmerkung zu OLG Bamberg NJW 2012, S. 1820 ff. NJW 2012, S. 1822.
Wertheimer, Frank	Der Gläubigerverzug im System der Leistungsstörungen JuS 1993, S. 646 ff.
Wiedemann, Herbert	Gesellschaftsrecht Ein Lehrbuch des Unternehmens- und Verbandsrechts Band II – Recht der Personengesellschaften 1. Auflage, 2004 C. H. Beck Verlag, München
Willoweit, Dietmar	Schuldverhältnis und Gefälligkeit – Dogmatische Grundfragen – JuS 1984, S. 909 ff.
Willoweit, Dietmar	Die Rechtsprechung zum Gefälligkeitshandeln JuS 1986, S. 96 ff.
Wilts, Walter	§ 1359 BGB und das Deliktsrecht VersR 1964, S. 455 ff.
Windbichler, Christine	Gesellschaftsrecht Ein Studienbuch 22. Auflage 2009 C.H. Beck Verlag, München
Windscheid, Bernhard	Lehrbuch des Pandektenrechts I. Band 3. Auflage 1873 Verlagsbuchhandlung von Julius Buddeus, Düsseldorf
Windscheid, Bernhard Kipp, Theodor	Lehrbuch des Pandektenrechts II. Band und III. Band 9. Auflage 1906 Literarische Anstalt Rütten & Loening, Frankfurt a.M.

Wittman, Roland	Begriff und Funktion der Geschäftsführung ohne Auftrag Eine zivilistisch-dogmengeschichtliche Abhandlung Münchener Universitätschriften Reihe der Juristischen Fakultät Herausgegeben im Auftrag der Juristischen Fakultät Von Peter Lerche, Werne Lorenz, Claus Roxin Band 49 C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1981
Wolf, Martin	Billigkeitshaftung statt überzogener elterlicher Aufsichtspflichten – ein erneutes Plädoyer für die Anwendung des § 829 BGB aufgrund einer Haftpflichtversicherung VersR 1998, S. 812 ff
Wollschläger, Christian	Die Geschäftsführung ohne Auftrag Theorie und Rechtsprechung Schriften zum Bürgerlichen Recht Band 34 Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1976
Wussow, Werner	Unfallhaftpflichtrecht 15. Auflage 2002 Carl Heymanns Verlag, Köln
Zippelius, Reinhold	Juristische Methodenlehre 10. Auflage 2006 C. H. Beck Verlag, München

RECHTSPRECHUNGSVERZEICHNIS

BAG

BAG NJW 1976, 1229 ff.

BAG JZ 1980, 482 ff.

BGHZ

BGHZ 5, 173 ff.

BGH 7, 274 ff.

BGHZ 9, 301 ff.

BGHZ 10, 14 ff.

BGHZ 11, 80 ff.

BGHZ 17, 214 ff.

BGHZ 18, 149 ff.

BGHZ 24, 188 ff.

BGHZ 30, 40 ff.

BGHZ 32, 194 ff.

BGHZ 34, 355 ff.

BGHZ 39, 156 ff.

BGHZ 43, 188 ff.

BGHZ, 46, 74 ff.

BGHZ 46, 140 ff.

BGHZ 46, 313 ff.

BGHZ 53, 352 ff.

BGHZ 54, 45 ff.

BGHZ 57, 84 ff.

BGHZ 61, 101 ff.

BGHZ 63, 51 ff.

BGHZ 66, 112 ff.

BGHZ 75, 230 ff.

BGHZ 76, 279 ff.

BGHZ 86, 234 ff.

BGHZ 90, 334 ff.

BGHZ 93, 23 ff.

BGHZ 96, 221 ff.

BGHZ 21, 102 ff.

BGHZ 103, 338 ff.

BGHZ 106, 28 ff.

BGHZ 127, 187 ff.

BGH VersR

BGH VersR 1957, 388.

BGH VersR 1960, 626.

BGH VersR 1960, 802.

BGH VersR 1961, 427.

BGH VersR 1977, 465.

BGH VersR 1989, 582.

BGH BB

BGH BB 1988, 1205.

BGH JZ

BGH JZ 1972, 88.

BGH NJW

BGH NJW 1952, 217.

BGH NJW 1966, 41.

BGH NJW 1969, 1665.

BGH NJW 1970, 656.

BGH NJW 1972, 475.

BGH NJW 1972, 1363.

BGH NJW 1979, 414.

BGH NJW 1979, 643.

BGH NJW 1979, 973.

BGH NJW 1980, 1681.

BGH NJW 1984, 366.

BGH NJW 1984, 789.

BGH NJW 1987, 1643.

BGH NJW 1988, 2667.

BGH NJW 1992, 1965.

BGH, NJW 1992, 2474.

BGH NJW 1993, 2234.

BGH NJW 1993, 3067.

BGH NJW 1997, 314.

BGH NJW 1997, 1012.

BGH NJW 1998, 2282.

BGH NJW 2003, 1118.

BGH NJW 2005, 981.

BGH NJW 2007, 2988.

BGH NJW 2008, 911.

BGH NJW 2008, 1591.

BGH NJW 2009, 1875.

BGH NJW 2010, 3087.

BVerfGE

BVerfGE 1, 299 ff.

BVerfGE 3, 225 ff.

BVerfGE 34, 269 ff.

BVerfGE 65, 182 ff.

BVerfGE 69, 188 ff.
BVerfGE 71, 108 ff.
BVerfGE 82, 6 ff.
BVerfGE 84, 212 ff.
BVerfGE 88, 103 ff.
BVerfGE 88, 145 ff.
BVerfGE 92, 1 ff.
BVerfGE 96, 375 ff.

LG und AG

AG Gotha, Urteil vom
04.09.2003; AZ 3 C 1750/02
LG Magdeburg; Urteil vom:
01.08.2006, AZ 9 O 2919/05;
LG Oldenburg, Urteil vom
26.10.1988, AZ 9S130/88.

OLG

OLG Bamberg NJW 2012, 1820
OLG Bremen VersR 64, 644.
Celle NZV 1991, 230.
OLG Celle VersR 1995, 547.
OG Celle NZV 1993, 187.
OL Celle VersR 2006, 1085.
OLG Düsseldorf MDR 1976, 842.
OLG Düsseldorf NJW-RR 1999, 1042.
OLG Frankfurt NJW-RR 1986, 1350.
OLG Frankfurt NJW 1998, 1232.
OLG Frankfurt a.M.: Beschluss
vom 17.06.2010 - 4 W 12/10
OLG Hamburg VersR 58, 809.
OLG Hamm NJW-RR 1992, 113.
OLG Hamm, NJW 1993, 542.
OLG Hamm NZV 1994, 226.
OLG Hamm, VersR 2002, 732.
OLG Hamm, NJW-RR 2007, 1517.
OLG Karlsruhe, VersR 1977, 232.
OLG Karlsruhe VersR 1981, 774.
OLG Karlsruhe, VersR 1982, 450.
OLG Karlsruhe, NJW 2008, 925.
OLG Karlsruhe FamRZ 2009, 707.
OLG Köln OLGZ 1972, 213.
OLG Köln NZV 1994, 114.
OLG Köln NJW-RR 1995, 52.
OLG Köln MDR 2002, 150.
OLG Köln, Urteil vom 11.03.2008;

AZ 3 U 145/07 http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/koeln/j2008/3_U_145_07urteil20080311.html;
OLG Nürnberg, ZfS 2008, 317.
OLG München WM 1999, 1878.
OLG Saarbrücken, NJW-RR 2002, 528.
OLG Stuttgart VersR 58, 891.
OLG Stuttgart VersR 1980, 952.
OLG Stuttgart, VersR 1993, 192.
OLG Stuttgart NJW-RR 2011, 239.
OLG Zweibrücken NJW-RR 2002, 1456.

RGZ

RGZ 52, 18 ff.
RGZ 53, 200 ff.
RGZ 54, 286 ff.
RGZ 57, 105 ff.
RGZ 66, 289 ff.
RGZ 66, 363 ff.
RGZ 73, 4 ff.
RGZ 75, 251 ff.
RGZ 81, 364 ff.
RGZ 88, 317 ff.
RGZ 105, 246 ff.
RGZ 109, 56 ff.
RGZ 138, 1 ff.
RGZ 141, 129 ff.
RGZ 145, 390 ff.
RGZ 158, 302 ff.
RGZ 166, 98 ff.

Bereits erschienen

Rechtskultur Wissenschaft

Band 1; Martin Löhnig, Die Justiz als Gesetzgeber: Zur Anwendung nationalsozialistischen Rechts in der Nachkriegszeit; 2010; ISBN 978-3-86646-401-8; 29,90 Euro

Band 2; Martin Löhnig (Hrsg.), Zwischenzeit: Rechtsgeschichte der Besatzungsjahre; 2011; ISBN 978-3-86646-403-2; 39,00 Euro

Band 3; Lena Stern, Der Strafgrund der Bekenntnisbeschimpfung; 2011; ISBN 978-3-86646-404-9; 39,00 Euro

Band 4; Ricardo Gómez Rivero, Die Königliche Sanktion der Gesetze in der Verfassung von Cádiz; 2011; ISBN 978-3-86646-405-6; 39,00 Euro

Band 5; Czeguhn/Sánchez Aranda (Hrsg.), Vom Diener des Fürsten zum Diener des Rechts: Zur Stellung des Richters im 19. Jahrhundert; Del servicio al Rey al servicio de la Justicia: el cargo de juez en el siglo decimonónico ; 2011; ISBN 978-3-86646-406-3; 39,00 Euro

Band 6; Geisenhanslüke/Löhnig (Hrsg.), Infamie - Ehre und Ehrverlust in literarischen und juristischen Diskursen ; 2012; ISBN 978-3-86646-407-0; 30,00 Euro

Band 7; Heiß, Dr. Karl Friedrich Ritter von Heintz - Königlich Bayerischer Staatsminister der Justiz 1848/49 Leben und Wirken, 1. Auflage 2012 ISBN: 978-3-86646-408-7, Preis: 49,00 EUR

Band 8; Hans-Georg Hermann/Hans-Joachim Hecker (Hrsg.), Rechtsgeschichte des ländlichen Raums in Bayern, 1. Auflage 2012 ISBN: 978-3-86646-410-0, Preis: 39,00 EUR

Band 9; Antonio Sánchez Aranda/Martin Löhnig (Hrsg.), Justizreform im Bürgerlichen Zeitalter - Rechtentwicklungen in Spanien und Deutschland, 1. Auflage 2013 ISBN: 978-3-86646-412-4, Preis: 35,00 EUR

Band 10; Alexandra Maier, Geschiedenenunterhalt in Deutschland im 19. Jahrhundert, 1. Auflage 2013 ISBN: 978-3-86646411-7, Preis: 49,00 EUR

Band 11; Franz Birndorfer, Der erstinstanzliche Prozessalltag 1938 bis 1949 anhand der Ehescheidungsakten des Landgerichts Amberg, 1. Auflage 2013 ISBN: 978-3-86646415-5, Preis: 59,00 Euro

Rechtskultur Dogmatik

Band 1; Florian Weichselgärtner, Das AGG im Sport: Diskriminierungen im Sport, 1. Auflage 2011 ISBN 978-3-86646-402-5; 39,90 Euro

Band 2; Marina Schäuble, Erwerbsobliegenheit im Betreuungsunterhalt, 1. Auflage 2013 ISBN 978-3-86646-413-1; 39,90 Euro

Edition Rechtskultur

Harald Derschka, Rainer Hausmann, Martin Löhnig (Hrsg.); Festschrift für Hans-Wolfgang Strätz zum 70. Geburtstag; 2009; ISBN: 978-3-86646-400-1; 198,00 Euro

Leserservice & Bestellungen

www.Edition-Rechtskultur.de
eine Reihe der H. Gietl Verlag & Pu-
blikationsservice GmbH, Regensburg
E-Mail: info@Edition-Rechtskultur.de
Fax. 09402/9337 - 24 • Tel. 09402/9337 - 0

